STUDIE

ZU HANDEN DER STIFTUNG ZUKUNFT.LI

**ZU RECHTLICHEN FRAGEN
IM BEREICH DER GRENZÜBERSCHREITENDEN
DIENSTLEISTUNGEN IM KONTEXT DER LIECHTENSTEINISCH-
SCHWEIZERISCHEN BEZIEHUNGEN**

Schlussversion, 10. September 2019

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.

Europainstitute der Universitäten Basel und Leiden (Niederlande)

Inhalt

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	4
A. HINTERGRUND UND RECHTSFRAGEN	5
B. VORLIEGEND WESENTLICHE ELEMENTE IM RECHTLICHEN VERHÄLTNIS ZWISCHEN LIECHTENSTEIN UND DER SCHWEIZ, INSBESONDERE DIE EFTA-KONVENTION	6
I. Grundlagen des rechtlichen Verhältnisses zwischen Liechtenstein und der Schweiz	6
II. Allgemeines zur EFTA-Konvention	7
1. Relevanz der EFTA-Konvention für die vorliegende Fragestellung	7
2. Inhaltliche Parallelen zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU	8
3. Auslegungsp parallelen zwischen EFTA-Konvention und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU	10
III. Für die gestellten Fragen relevante materielle Grundbegriffe des EFTA-Rechts	11
1. Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	11
2. Beschränkungsverbot?	13
3. Stillhalteverpflichtung	14
C. ERSTE FRAGE: «GEHEN DIE VON DER SCHWEIZ IMPLEMENTIERTEN FLANKIERENDEN MASSNAHMEN MIT DEN IM LIECHTENSTEINISCH-SCHWEIZERISCHEN VERHÄLTNIS RELEVANTEN BESTIMMUNGEN DER EFTA-KONVENTION KONFORM?»	16
I. Allgemeine europarechtliche Einordnung der Thematik	16
II. Relevantes EFTA-Recht zur Entsendung	17
III. Systematik des EFTA-Rechts zur Entsendung	19
1. Art. 21 Abs. 2 in der Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention	19
2. Wesentlicher Inhalt der Entsenderichtlinie 96/71	20
a. <i>Regelung zu den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen</i>	20
b. <i>Massnahmen mit Blick auf die Nichteinhaltung der Richtlinie</i>	21
c. <i>Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen des nationalen Rechts zur Überwachung der Einhaltung der Richtlinie</i>	21
3. Anwendbare Regelungsebene	21
IV. Sind die schweizerischen flankierenden Massnahmen nach dem EFTA-Entsenderecht zulässig?	22
1. Vorbemerkungen	22
2. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie 96/71: die schweizerische 8-Tage-Regel ...	23
a. <i>Die schweizerische 8-Tage-Regel, insbes. im Verhältnis zu Liechtenstein</i>	23
b. <i>Relevantes EFTA-Recht</i>	24
c. <i>Anwendung auf die 8-Tage-Regel</i>	25
3. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie 96/71: die schweizerische Kautionspflicht	27
a. <i>Die schweizerische Kautionspflicht</i>	27
b. <i>Relevantes EFTA-Recht</i>	27
c. <i>Anwendung auf die Kautionspflicht</i>	27
4. Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie 96/71: die schweizerische Dienstleistungssperre als Sanktion für Gesetzesverstösse	29
a. <i>Die schweizerische Dienstleistungssperre</i>	29
b. <i>Relevantes EFTA-Recht und seine Auslegung in der Rechtsprechung</i>	30
i. EuGH zum EU-Recht	30
ii. Schweizerisches Bundesgericht zum FZA	30
c. <i>Anwendung auf die Dienstleistungssperre</i>	31
V. Gesamtbefund und Durchsetzbarkeit	32
D. ZWEITE FRAGE: «KANN BEI DER ANWENDUNG DES REVIDIERTEN EU-ENTSENDERECHTS AUF FAKTISCHE, LÄNDERSPEZIFISCHE BESONDERHEITEN RÜCKSICHT GENOMMEN WERDEN?»	33
I. Änderungen im anwendbaren Recht	33
II. Wesentliche Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67	34
1. Neue Vorgaben für Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen	34
2. Vorgaben für Sanktionen	36
III. Besteht Spielraum für die Berücksichtigung faktischer, länderspezifischer Besonderheiten?	36
1. Einführende Bemerkungen	36
2. Übernahme des neuen Entsenderechts der EU nach dem Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU	37
3. Neues Entsenderecht und die EFTA	38

E. DRITTE FRAGE: «ERMÖGLICHT DAS FEHLEN EINES ALLGEMEINEN, VÖLKERRECHTLICHEN GLEICHBEHANDLUNGSGEBOTES ZWISCHEN DEN STAATEN EINE SONDERLÖSUNG IM VERHÄLTNIS SCHWEIZ-LIECHTENSTEIN BZW. WIRD EINE SOLCHE DURCH DAS DISKRIMINIERUNGSVERBOT IM ABKOMMEN DER SCHWEIZ MIT DER EU BZW. DER EFTA VERUNMÖGLICHT?».....	40
I. Rolle des Diskriminierungsverbots in der EFTA-Konvention.....	40
II. Rolle des Diskriminierungsverbots im Abkommen der Schweiz mit der EU.....	40
III. Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebots.....	40
F. BEANTWORTUNG DER FRAGEN UND RECHTLICHE HANDLUNGSOPTIONEN	42
I. Beantwortung der Fragen	42
II. Rechtliche Handlungsoptionen	43
1. Sonderlösung auf der Ebene der EFTA-Konvention.....	43
2. Sonderlösung auf der Ebene des Rahmenvertrags.....	44
LITERATURVERZEICHNIS.....	45

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

- 1 Die vorliegende Studie beruht auf drei Rechtsfragen.
- 2 Im Rahmen der **ersten Frage** war zu klären, ob die flankierenden Massnahmen nach heutigem Schweizer Recht mit den im liechtensteinisch-schweizerischen Verhältnis relevanten Bestimmungen der EFTA-Konvention vereinbar sind.
- 3 Die Studie kommt zum Schluss, dass zwar der hierfür relevante Rechtsrahmen grundsätzlich klar ist, dass aber die Anwendung von Rechtsbegriffen wie der «indirekten Diskriminierung» oder der «Verhältnismässigkeit» letztlich zu Fragen führt, welche auf der abstrakt-rechtlichen Ebene oft nicht abschliessend beantwortet werden können, sondern vielmehr im konkreten Sachkontext beurteilt werden müssten. Am eindeutigsten ist der Befund mit Blick auf die Voranmeldepflicht in der Gestalt der sog. 8-Tage-Regel, die in ihrer heutigen Form in der vorliegenden Studie als mit dem geltenden EFTA-Recht unvereinbar bezeichnet wird.
- 4 Im Rahmen der **zweiten Frage** war zu untersuchen, ob bei der Anwendung des revidierten EU-Entsenderechts auf faktische, länderspezifische Besonderheiten Rücksicht genommen werden kann.
- 5 Diese Frage wird in der vorliegenden Studie mit Verweisung auf den Entwurf für eine institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU bejaht. Der Entwurf sieht für die Entsendung in die Schweiz gewisse Sonderlösungen vor, welche mit Besonderheiten des rechtlichen Kontexts bzw. des Schweizer Marktes begründet werden. Diese werden mithin von den Verhandlungsparteien als rechtlich zulässig erachtet. Analog könnte auch für die Entsendung nach Liechtenstein mit gewissen Besonderheiten argumentiert werden, insbes. im Verhältnis zur Schweiz.
- 6 In der **dritten Frage** ging es darum, ob ausgewählte internationalrechtliche Instrumente es verbieten, unterschiedliche Staaten unterschiedlich zu behandeln. Für das allgemeine Völkerrecht wird dies in der vorliegenden Studie verneint, was insofern eine Sonderlösung im Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz rechtlich möglich macht. Eine solche Sonderlösung wird auch nicht durch die Diskriminierungsverbote in der EFTA-Konvention sowie im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU verunmöglicht.
- 7 Die **Einführung einer gegenüber dem heutigen Rechtsstand weiter gehenden Sonderlösung** zur Entsendung im Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz ist rechtstechnisch grundsätzlich sowohl auf der Ebene der EFTA-Konvention als auch auf der Ebene des Rahmenvertrags zwischen Liechtenstein und der Schweiz denkbar.
- 8 Der Rahmenvertrag erscheint als die praktikablere Ebene. Mit Blick auf die 8-Tage-Regel könnte er unter Hinweis auf die erwähnten Besonderheiten (in der Präambel zum Vertrag) die vollständige Abschaffung einer Voranmeldefrist bzw. eines mehrtätigen Arbeitsverbots vorsehen. **Art. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags könnte neu wie folgt lauten:**

«Die Dienstleistungserbringung bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen ist für alle Branchen melde- und bewilligungsfrei. Die Dienstleistungserbringung ab 9 Tagen erfordert die Abgabe einer einfachen Erklärung gegenüber den zuständigen nationalen Behörden spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung. Die Erklärung enthält die einschlägigen Informationen, die eine Kontrolle der Sachlage am Arbeitsplatz erlauben. Das nationale Recht der Parteien regelt die Einzelheiten.»
- 9 Gemäss der vorliegenden Studie dürfte dies **eine pragmatische und rechtlich vertretbare Lösung** darstellen.

A. HINTERGRUND UND RECHTSFRAGEN

- 10 Die vorliegende Studie ist vor dem folgenden **Hintergrund** erstellt worden.
- 11 Die Stiftung Zukunft.li arbeitet an einem Projekt zum Themenbereich «Beziehungen Liechtenstein – Schweiz: Regelungen in Bezug auf grenzüberschreitende Dienstleistungen». Anlass dafür sind insbes. die sog. flankierenden Massnahmen (FlaM) der Schweiz, also Arbeitsschutzmassnahmen, welche die Schweiz im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit im Verhältnis zur EU, aber auch zu Liechtenstein anwendet, und welche Liechtenstein dazu geführt haben, seinerseits gegenüber der Schweiz Arbeitsschutzmassnahmen einzuführen.
- 12 Die Stiftung Zukunft.li erachtet das gegenseitige Aufbauen von Hürden nicht als sinnvoll. Sie will die Frage deshalb näher untersuchen und dabei auch ermitteln, ob rechtlicher Spielraum für die Abschaffung solcher Massnahmen besteht.
- 13 Im Rahmen des erwähnten Projektes stellen sich u.a. europarechtliche Fragen. Die Stiftung Zukunft.li hat der Verfasserin der vorliegenden Studie die **folgenden Rechtsfragen** vorgelegt:¹
- «1. Gehen die von der Schweiz implementierten flankierenden Massnahmen mit den im liechtensteinisch-schweizerischen Verhältnis relevanten Bestimmungen der EFTA-Konvention konform?
 2. Kann bei der Anwendung des revidierten EU-Entsenderechts auf faktische, länderspezifische Besonderheiten Rücksicht genommen werden?
 3. Ermöglicht das Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zwischen den Staaten eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein bzw. wird eine solche durch das Diskriminierungsverbot im Abkommen der Schweiz mit der EU bzw. der EFTA verunmöglicht?»
- 14 Einen **Überblick über die aktuelle Regelung** der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in die Schweiz durch Unternehmen mit Sitz in Liechtenstein, einschliesslich der schweizerischen flankierenden Massnahmen, bietet die von Dr. Georges Baur und Dr. Christian Frommelt vom Liechtenstein-Institut in Bendern im Auftrag der Zukunft.li erstellte Studie «Grenzüberschreitende Dienstleistungen Schweiz – Liechtenstein»,² welche ebenfalls Teil des erwähnten Projektes ist. Der vorliegende Projektbeitrag verzichtet darauf, diese Regelungen hier nochmals in umfassender Weise darzustellen. Vielmehr werden einzelne Aspekte dann aufgegriffen, wenn dies für die europarechtliche Analyse erforderlich ist.
- 15 Die vorliegende Studie ist **wie folgt aufgebaut**:
- Teil B. nennt als rechtlichen Ausgangspunkt die Elemente im rechtlichen Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz, welche für die hier zu untersuchenden Fragen relevant sind, und bietet einige allgemeine Ausführungen zur EFTA-Konvention.
 - Die Teile C., D. und E. befassen sich sodann mit oben erwähnten drei Fragen.
 - Im Teil F. werden die Antworten auf die gestellten Fragen zusammengefasst und die Handlungsoptionen besprochen.

¹ Gemäss dem Vertrag zwischen der Stiftung Zukunft.li und Christa Tobler vom 26. November 2018, der für den Projektbeschrieb auf die Projektofferte von Christa Tobler vom 22. Oktober 2018 verweist.

² Georges Baur/Christian Frommelt, Grenzüberschreitende Dienstleistungen Schweiz – Liechtenstein, Bendern: Liechtenstein-Institut 2019. Es handelt sich um einen Beitrag zum Projekt der Stiftung Zukunft.li «Beziehungen Liechtenstein – Schweiz: Regelungen in Bezug auf grenzüberschreitende Dienstleistungen».

B. Vorliegend wesentliche Elemente im rechtlichen Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz, insbesondere die EFTA-Konvention

I. Grundlagen des rechtlichen Verhältnisses zwischen Liechtenstein und der Schweiz

- 16 Die von Baur/Frommelt³ erwähnte Wirtschafts- und Währungsunion zwischen Liechtenstein und der Schweiz beruht im Wesentlichen auf dem **Zollvertrag** von 1923⁴ und der **EFTA-Konvention in der revidierten Fassung von 2001** (sog. Vaduzer Abkommen).⁵ Letztere ist für die vorliegende Thematik relevant, regelt sie doch seit der Revision u.a. den Personen- und den Dienstleistungsverkehr, einschliesslich der Entsendung von Arbeitskräften (Näheres unten ab C.II.).
- 17 Zollvertrag und EFTA-Konvention unterscheiden sich aus integrationstechnischer Sicht grundlegend voneinander, wobei der Zollvertrag einen ungleich höheren Integrationsgrad aufweist. Insbes. schliesst er eine automatische Übernahme von schweizerischem Recht ein, ohne zugleich für Liechtenstein formelle Mitwirkungsrechte vorzusehen. Insofern gleicht der Zollvertrag den Währungsabkommen, welche die Europäische Union (EU) mit Andorra, Monaco, San Marino und Vatikanstadt abgeschlossen hat.⁶ Baur/Frommelt⁷ weisen in diesem Zusammenhang auf den politisch akzeptierten «*trade-off*» zwischen regulativer Souveränität einerseits und Prosperität und Verwaltungseffizienz andererseits hin.
- 18 Im Vergleich dazu führt die EFTA-Konvention in den meisten der von ihr erfassten Bereichen zwar letztlich zu einer klaren Annäherung an das Recht der Europäischen Union. Neues EU-Recht wird aber nicht automatisch Teil des Abkommens, sondern muss durch einen Beschluss des EFTA-Rats aktiv in die EFTA-Konvention überführt werden. Wie zu zeigen sein wird, ist dieser Aspekt für die Thematik der vorliegenden Studie wichtig (siehe unten C.II.).
- 19 Für die vorliegende Thematik weiter relevant ist der von Liechtenstein und der Schweiz u.a. vor dem Hintergrund der revidierten EFTA-Konvention abgeschlossene **Rahmenvertrag** von 2009,⁸ der sich u.a. zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung äussert (und insofern auf eine frühere Regelung aus dem Jahr 2003 zurückreicht). Weiter bestehen offenbar Vereinbarungen zwischen Liechtenstein und einzelnen Schweizer Grenzkantonen, welche diese Regeln modifizieren,⁹ der Verfasserin der vorliegenden Studie aber nicht vorliegen.

³ Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 12.

⁴ Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet vom am 29. März 1923, für Liechtenstein LR 0.631.112, für die Schweiz SR 0.631.112.514 (in Kraft seit dem 1. Januar 1924).

⁵ Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), abgeschlossen in Stockholm am 4. Januar 1960, konsolidierte Fassung des Vaduzer Abkommens vom 21. Juni 2001, für Liechtenstein LR 0.632.31, für die Schweiz SR 0.632.31 (in Kraft seit dem 1. Juni 2002).

⁶ Georges Baur/Christa Tobler, “Automatische“ vs. “dynamische“ Rechtsübernahme. What’s in a name?, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016*, Bern: Stämpfli // Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2016, 347-361, S. 355 f., siehe zu Liechtenstein auch S. 361.

⁷ Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 20.

⁸ Rahmenvertrag zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit im Bereich des Visumverfahrens, der Einreise und des Aufenthalts sowie über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzraum vom 3. Dezember 2006, für Liechtenstein LR 0.369.101.3, für die Schweiz SR 0.360.514.2 (in Kraft seit 19. Dezember 2011).

⁹ Vgl. dazu Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 45.

II. Allgemeines zur EFTA-Konvention

20 Für die Beantwortung der gestellten Fragen wird die EFTA-Konvention von besonderer Wichtigkeit sein. Die folgenden Abschnitte enthalten deshalb einige allgemeine Ausführungen zu diesem Rechtsinstrument.

1. Relevanz der EFTA-Konvention für die vorliegende Fragestellung

21 In ihrer **ursprünglichen Fassung** von 1960 richtete sich die EFTA-Konvention auf die Liberalisierung des Warenhandels. Auf Personen bezogene Bestimmungen war ausschliesslich in diesem eingeschränkten Zusammenhang zu sehen, darunter insbes. das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 16 Abs. 1 EFTA.¹⁰ Die originäre EFTA-Konvention sah weder den freien Personen- noch den freien Dienstleistungsverkehr vor.¹¹

22 Im Gegensatz dazu regelt die **EFTA-Konvention in ihrer revidierten Form des Vaduzer Abkommens**¹² nun u.a. auch den **Personen- und den Dienstleistungsverkehr** zwischen den am Abkommen beteiligten Staaten (nämlich in den Kapiteln VIII und X), einschliesslich der Entsendung. Baur¹³ spricht von einer Freihandelszone mit Binnenmarktelementen.

23 In diesem Zusammenhang ist aber auch relevant, dass drei der heute vier EFTA-Staaten, nämlich Island, Liechtenstein und Norwegen, zugleich Mitglieder des Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)¹⁴ sind. Das EWR-Recht regelt u.a. den Personen- und Dienstleistungsverkehr, und zwar in weiter gehender Weise als im EFTA-Recht. Vahl/Berg¹⁵ bemerken vor diesem Hintergrund, dass die EFTA-Konvention **im Verhältnis der drei EWR/EFTA-Staaten unter sich** in der Praxis nur dort zur Anwendung gelangt, wo sie vom EWR-Abkommen ausgeschlossene Bereiche betrifft (wie z.B. den Handel mit Fischereiprodukten) – mithin gerade nicht für den Personen- und Dienstleistungsverkehr, einschliesslich der Entsendung.

¹⁰ Der alte Art. 16 Abs. 1 EFTA bestimmte: «Die Mitgliedstaaten anerkennen, dass Beschränkungen hinsichtlich der Niederlassung und des Betriebes von wirtschaftlichen Unternehmungen auf ihren Gebieten durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, wodurch diesen Staatsangehörigen eine weniger günstige Behandlung zuteil wird als ihren eigenen, nicht derart angewandt werden sollten, dass die vom Abbau oder Fehlen der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten erwarteten Vorteile vereitelt werden.»

¹¹ So auch das Schweizer Bundesgericht in BGE 98 Ib 385 E. 3.b: «L'art. 16 de la Convention AELE n'a pas pour but d'assurer le libre établissement des personnes dans les pays membres. Son objet est plus restreint: il s'agit d'empêcher que des restrictions d'établissement compromettent les bénéfices attendus de l'élimination des obstacles aux échanges [...]. Aussi, le principe de la non-discrimination n'est-il posé qu'en faveur des individus ou sociétés exploitant des entreprises qui produisent des marchandises ou qui en font le commerce [...]» Zum alten Art. 16 Abs. 1 EFTA siehe auch BGE 116 Ib 299 E. 1.c.

¹² Es gibt erstaunlicherweise kaum aktuelle Übersichtsliteratur zur EFTA. Zu erwähnen sind insbes. Georges Baur/Michael Sánchez Rydelski/Carsten Zatschler, *European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area (EEA)*, 2. Aufl., Wolters Kluwer: Alphen aan den Rijn 2018, sowie Marius Vahl/Aslak Berg, 'EFTA', in: Robert E. Looney (Hrsg.), *Handbook of International Trade Agreements: Country, regional and global approaches*, London: Routledge 2019, 271-281.

¹³ Georges Baur, 'EFTA: Eine Freihandelsassoziation mit Binnenmarktelementen', in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Stämpfli: Bern // Schulthess: Zürich 2017, 357-370, insbes. S. 363 f.

¹⁴ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992, ABl. 1994 L 1/3, aufdatierter Text erhältlich via <https://www.efta.int/Legal-Text/EEA-Agreement-1327>. Allgemein zum EWR Carl Baudenbacher (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Cham: Springer 2015, sowie Finn Arnesen/Halvard Haukeland Fredriksen/Hans Petter Graver/Ola Mestad/Christoph Vedder (Hrsg.), *Agreement on the European Economic Area: EEA Agreement. A commentary*, München: C.H. Beck 2018.

¹⁵ Vahl/Berg (Fn. 12), S. 275.

- 24 Mit anderen Worten: Im Verhältnis der drei EWR/EFTA-Staaten untereinander finden sich die einschlägigen Regeln über den grenzüberschreitenden Personen- und Dienstleistungsverkehr, einschliesslich der Entsendung, im EWR-Abkommen. Zwar stehen die EFTA-Konvention und das EWR-Abkommen auf derselben Stufe, doch ist die EFTA-Konvention in diesem Punkt in der Praxis nicht relevant.¹⁶
- 25 Umgekehrt wird **im Verhältnis der drei EWR/EFTA-Staaten zur Schweiz** die Rechtsstellung der Staatsangehörigen der EFTA-Staaten, ihrer Familienangehörigen sowie der entsandten Arbeitskräfte im Anwendungsbereich der EFTA-Konvention seit dem Inkrafttreten der revidierten Vaduzer Fassung des Abkommens durch diese Konvention geregelt.
- 26 Im Rahmen der Schweizer Rechtsordnung erfolgt dies zudem **direkt bzw. unmittelbar durch die EFTA-Konvention**. Die Bundesgesetzgebung über Aufenthalt und Niederlassung von ausländischen Personen¹⁷ ist für die von der EFTA-Konvention erfassten Personengruppen nur noch subsidiär anwendbar, soweit die Konvention in einem bestimmten Bereich keine Regelung enthält oder wenn das Gesetz günstigere Regeln vorsieht als das Abkommen (BGE 129 II 249 E. 3.3).

2. Inhaltliche Parallelen zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

- 27 Inhaltlich orientiert sich die revidierte Konvention zu einem grossen Teil am sektoriellen bzw. bilateralen Recht zwischen der EU und der Schweiz.¹⁸ Der Grund dafür liegt darin, dass die Revision der EFTA-Konvention ausdrücklich eine **Angleichung an gewisse bilaterale Abkommen Schweiz-EU** bezweckte.
- 28 Die Botschaft des schweizerischen Bundesrats zur Revision der EFTA-Konvention¹⁹ hält dazu Folgendes fest:
- «Die sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU bildeten [...] bei der Überarbeitung des EFTA-Übereinkommens den Referenzpunkt. [...] Das revidierte EFTA-Übereinkommen hebt die vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten auf eine mit den durch die sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU geschaffenen vertraglichen Beziehungen vergleichbare Ebene – mit Ausnahme des Forschungsbereiches...»
- 29 Die Orientierung am bilateralen Recht Schweiz-EU spiegelt sich nicht zuletzt im **Aufbau der EFTA-Konvention**. Die Konvention enthält nach einem Hauptteil Anhänge zu verschiedenen Themenbereichen, welche jedenfalls teilweise den bilateralen Abkommen entsprechen, teilweise aber auch darüber hinausgehen.

¹⁶ So auch die Botschaft vom 12. September 2001 zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), BBl 2001 4963, S. 4967: «die vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten».

¹⁷ Heute insbes. das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG), SR 140.20.

¹⁸ Allgemein zum bilateralen Recht Schweiz-EU v.a. Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2007, 65-102; Christa Tobler, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Band 1: Text (Tafeln zusammen mit Jacques Beglinger), Zürich/St. Gallen: Dike 2013; Tobias Jaag/Julia Hänni, Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl., Zürich: Schulthess Verlag 2015; Matthias Oesch, Europarecht. Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, Bern: Stämpfli 2015, S. 611 ff.; Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth, Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen: Dike // Wien: Manz 2017.

¹⁹ Botschaft zur Genehmigung des Vaduzer Abkommens (Fn. 16), S. 4967.

- 30 Vorliegend interessiert insbes. der Anhang K über die «Freizügigkeit (Freier Personenverkehr)», dem drei Anlagen beigegeben sind, welche den drei Anhängen des bilateralen Abkommens über die Personenfreizügigkeit Schweiz-EU von 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA)²⁰ entsprechen, nämlich Anlage 1 über die Freizügigkeit (einschliesslich Teil IV. über die kurzzeitige Erbringung von Dienstleistungen, wo – wie zu zeigen sein wird – das EFTA-Entsenderecht situiert ist; siehe unten ab C.II.), weiter Anlage 2 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und Anlage 3 über die gegenseitige Anerkennung der beruflichen Qualifikationen.
- 31 Die erwähnte Orientierung am bilateralen Recht Schweiz-EU bedeutet weiter, dass im Rahmen der EFTA-Konvention **z.T. dieselben Regeln gelten, so auch für die Entsendung**, die im Rahmen der EFTA-Konvention und im Rahmen des FZA Schweiz-EU gleich geregelt ist.
- 32 In gewissen Teilbereichen bestehen **Sonderlösungen**, z.B. mit Bezug auf die nur beschränkt mögliche Niederlassung von schweizerischen Staatsangehörigen in Liechtenstein, wo das der EFTA-Konvention angehängte Protokoll betreffend den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und Liechtenstein mit Blick auf die besondere Situation von Liechtenstein als Kleinststaat dieselbe Lösung vorsieht wie das EWR-Abkommen, einschliesslich einer dem EWR-Recht entsprechenden Schutzklausel²¹ (hierzu auch BGE 2P-130/2004 E. 3.4.1).
- 33 Das FZA Schweiz-EU bildet seinerseits EU-Recht ab, indem es gemäss seiner Präambel die Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft [heute: der Europäischen Union] geltenden Bestimmungen [...] verwirklichen» will. Allerdings geschieht dies sowohl vom Anwendungsbereich als auch vom Inhalt her in selektiver Weise, so dass das Abkommen nicht das volle Personenfreizügigkeitsrecht der EU umfasst.²²
- 34 Für die vorliegende Thematik ergibt sich, dass mit der erneuerten EFTA-Konvention via das bilaterale FZA Schweiz-EU faktisch **Regeln der Europäischen Union in das rechtliche Verhältnis zwischen den vier EFTA-Staaten eingeflossen** sind. In der Literatur wird von einer «Triangularisierung» gesprochen, indem das Dreieck der Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz einerseits sowie zwischen der EU und den drei EWR/EFTA-Staaten andererseits mit einem Schenkel der Beziehung zwischen den letzteren und der Schweiz geschlossen wird (so anschaulich Baur).²³
- 35 Als Folge hiervor besteht nunmehr zwischen allen Staaten, welche entweder der EU oder EFTA angehören, ein «Binnenmarkt(-ähnliches)-Verhältnis».²⁴ Allerdings hat das Bundesgericht im Zusammenhang des Sozialversicherungsrechts festgehalten, dass es an einer übergreifenden Koordination zwischen den Abkommen (hier: FZA und EFTA) fehlt (BGE 136 V 244 E. 6.4.1).

²⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, für die Schweiz SR 0.946.526.81, für die EU ABl. 2002 L 114/6.

²¹ Zu jenen Regelungen Christa Tobler, 'Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU', Jusletter 16. Februar 2015, Rz. 13 ff.

²² Dazu z.B. Tobler (Fn. 18), Rz. 123 ff.

²³ Baur (Fn. 13), S. 365.

²⁴ Idem.

3. Auslegungsparallelen zwischen EFTA-Konvention und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

- 36 Die EFTA-Konvention enthält mit Bezug auf ihre Auslegung keine spezifischen Vorgaben, welche für das Übereinkommen als Ganzes gelten würden.
- 37 Auf der allgemeinen Ebene bestimmt Art. 47 Abs. 1 EFTA lediglich, dass sich die Mitgliedstaaten stets um eine einvernehmliche Auslegung und Anwendung des Abkommens bemühen. Fragen über die Auslegung des Abkommens können nach Abs. 2 der genannten Bestimmung vor den EFTA-Rat gebracht werden. Art. 48 EFTA bietet für Streitigkeiten, die via die Konsultationen im Rat nicht geregelt werden können, ein Schiedsverfahren (hierzu auch kurz unten C.V.).
- 38 Vor diesem Hintergrund dürften grundsätzlich die üblichen Auslegungsgrundsätze nach den Art. 31 ff. der **Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)**²⁵ gelten. Zwar sind Island und Norwegen nicht Signatarstaaten dieser Konvention, doch gelten die Auslegungsregeln der WVK als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht.²⁶
- 39 Für einzelne Teile enthält die EFTA-Konvention jedoch spezifische Auslegungsvorschriften, so z.B. in **Art. 16 Abs. 2 im Anhang K über die Freizügigkeit (Freier Personenverkehr) zur EFTA-Konvention**, der u.a. die Entsendung regelt. Die genannte Bestimmung lautet wie folgt:
- «Soweit für die Anwendung dieses Anhangs Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung vor dem 21. Juni 1999 berücksichtigt. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Anhangs sicherzustellen, stellt der Rat auf Antrag eines Mitgliedstaates die Auswirkungen der nach dem 21. Juni 1999 ergangenen Rechtsprechung fest.»
- 40 Es handelt sich im Wesentlichen um dieselbe Auslegungsregel, wie sie für das FZA Schweiz-EU in der Gestalt von Art. 16 Abs. 2 FZA gilt.²⁷ Gemeint ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (was in Art. 16 Abs. 2 FZA ausdrücklich festgehalten ist).
- 41 Beide Bestimmungen sehen diesbezüglich dieselbe Datumsgrenze vor, welche sich auf die Unterzeichnung des FZA bezieht. Im Rahmen des FZA geht das Schweizer Bundesgericht in seiner Praxis aber im Interesse einer parallelen Rechtslage **über diese Datumsgrenze hinaus**: Es will nur dort von der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) vorgenommenen Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen abweichen, wo dafür triftige Gründe vorliegen (so z.B. BGE 142 II 35 E. 3.1).

²⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

²⁶ Siehe Mark Eugen Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden: Brill/Nijhoff 2009, zu Art. 31 WVK: Rz. 37, zu Art. 32 WVK: Rz. 13 und zu Art. 33 WVK: Rz. 16.

²⁷ Es ist insofern nicht klar, wie das Schweizer Bundesgericht in BGE 2P.130/2004 E. 3.4.4 schreiben konnte, im EFTA-Übereinkommen fehle eine dem Art. 16 Abs. 2 FZA vergleichbare Bestimmung. Ausgehend von dieser – jedenfalls für den Bereich des Personenverkehrs unrichtigen – Annahme wies das Bundesgericht sodann auf das Ziel der revidierten EFTA-Konvention hin (nämlich eine Angleichung an die im bilateralen FZA getroffenen Bestimmungen). Es schloss daraus, es sei – trotz Fehlens einer entsprechenden Vorgabe in der EFTA-Konvention – «geboten, die Bestimmungen für beide Abkommen gleich auszulegen und anzuwenden, womit auch im Rahmen des EFTA-Übereinkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist. Andernfalls würde eine unterschiedliche Anwendung des Freizügigkeitsabkommens einerseits und des EFTA-Übereinkommens andererseits resultieren, was nicht beabsichtigt war.» (BGE 2P.130/2004, E. 3.4.4). In einer späteren Entscheidung nennt das Bundesgericht dann aber Art. 16 im Anhang K zur EFTA-Konvention (BGE 132 V 82 E. 5.5).

- 42 Nach der hier vertretenen Auffassung muss auf der Seite der Schweiz für die EFTA-Konvention dasselbe gelten, weil sonst die angestrebte Parallelität mit dem bilateralen Recht Schweiz-EU nicht erreicht werden kann. Auf diese Parallelität weist im Übrigen auch Art. 16 Abs. 1 im Anhang K zur EFTA-Konvention hin. ²⁸
- 43 Damit ist nach der hier vertretenen Auffassung **auch für die EFTA-Konvention von einer zum EU-Recht grundsätzlich parallelen Auslegung der Bestimmungen** über die Freizügigkeit auszugehen, einschliesslich jener **über die Entsendung**.
- 44 Schliesslich ist für die vorliegend zu beantwortende erste Frage die **schweizerische Rechtsprechung** zum FZA und zur EFTA-Konvention darum besonders wichtig, weil es um schweizerische Massnahmen geht, deren Rechtmässigkeit im konkreten Fall in aller Regel von Schweizer Gerichten zu beurteilen wäre (dazu auch kurz unten C.V.).

III. Für die gestellten Fragen relevante materielle Grundbegriffe des EFTA-Rechts

- 45 Wie weiter unten zu zeigen sein wird, sind für die Beantwortung der gestellten Fragen gewisse materiell-rechtliche Grundbegriffe des EFTA-Rechts relevant, die jedenfalls teilweise gleichzeitig auch Grundbegriffe des FZA Schweiz-EU und des EU-Rechts sind.
- 46 Es handelt sich dabei auf jeden Fall um das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sowie die sog. Stillhalteverpflichtung. Ungeklärt ist, ob das unionsrechtliche Beschränkungsverbot auf das FZA Schweiz-EU und die EFTA-Konvention übertragen werden kann. Im Folgenden werden die erwähnten drei Begriffe in knapper Weise umrissen.

1. Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit

- 47 Art. 2 Anhang K zur EFTA-Konvention statuiert unter dem Titel «Nichtdiskriminierung» spezifisch für den Bereich der Freizügigkeit ein **Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit**. Die Bestimmung lautet wie folgt:

«Die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anlagen 1, 2 und 3 nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.»

- 48 Neben dieser für den gesamten Anhang K geltenden Bestimmung bestehen spezielle Vorschriften für spezielle Unterbereiche, so z.B. für die Erbringung von kurzzeitigen Dienstleistungen bis 90 Tage pro Kalenderjahr in Art. 18 in der Anlage 1 zum Anhang K zur EFTA-Konvention. Art. 18 bestimmt:

«Der Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist oder dem eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, kann seine Tätigkeit vorübergehend im Staat der Erbringung der Dienstleistung nach Massgabe dieser Anlage und der Anlagen 2 und 3 unter den gleichen Bedingungen ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt.»

Der hier geforderten Gleichbehandlung entspricht umgekehrt ein Verbot der Ungleichbehandlung bzw. der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.

- 49 Die erwähnten Bestimmungen **bilden das FZA Schweiz-EU ab** (konkret: Art. 2 FZA sowie Art. 19 Anhang I zum FZA) und müssen nach dem früher Gesagten gleich wie dieses ausgelegt werden (dazu oben B.II.3.).

²⁸ Danach treffen die Mitgliedstaaten «[z]ur Erreichung der Ziele dieses Anhangs [...] alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden, so wie sie in den EWR und in das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG aufgenommen wurden».

- 50 Mit Bezug auf den **Inhalt des Verbots der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit** gilt im Rahmen des FZA²⁹ – gleich wie im EU- und im EWR-Recht –, dass vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden müssen sowie dass eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit mit Blick auf die Vergleichbarkeit für sich allein kein relevanter Unterscheidungsgrund ist. Dahinter steht letztlich die Maxime, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden soll (sog. aristotelisches Verständnis der Rechtsgleichheit).³⁰
- 51 Eine Diskriminierung kann direkter (unmittelbarer) oder indirekter (mittelbarer) Natur sein (so für das EFTA-Recht z.B. BGE 132 V 82 E. 5.5, wo das Bundesgericht zudem die Begriffe der offenkundigen, offensichtlichen oder offenen Diskriminierung und der versteckten, verschleierte oder verdeckten Diskriminierung verwendet).
- 52 Eine **direkte Diskriminierung** liegt im Wesentlichen dann vor, wenn eine Unterscheidung ausdrücklich wegen des verbotenen Kriteriums (hier: die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaats) oder wegen eines unauflösbar damit verbundenen Kriteriums erfolgt.
- 53 Eine **indirekte Diskriminierung** liegt auf den ersten Blick (*prima facie*) dann vor, wenn sich eine Vorschrift oder Praxis ihrem Wesen nach eher auf die ausländischen Personen auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie diese besonders benachteiligt. Dabei braucht nicht festgestellt zu werden, dass dies in der Praxis tatsächlich erfolgt ist. Es genügt die Feststellung, dass eine Vorschrift geeignet ist, eine solche Wirkung hervorzurufen. Trotz des Anscheins oder des Nachweises einer solchen Wirkung liegt aber dann keine indirekte Diskriminierung vor, wenn ein **objektiver Rechtfertigungsgrund** vorliegt und die getroffene Massnahme verhältnismässig ist (dazu sogleich).³¹ Es handelt sich um eine offene Kategorie von legitimen Gründen, die durch die Rechtsprechung bestätigt bzw. ermittelt werden.
- 54 Im Rahmen des EFTA-Rechts bestehen weiter die in Art. 5 der Anlage 1 zum Anhang K zur EFTA-Konvention statuierten, **gesetzlichen Rechtfertigungsgründe** der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Es handelt sich um eine abschliessende Aufzählung von Gründen, welche entsprechend ihrem Charakter als Ausnahmen eng ausgelegt werden müssen. Für Einzelheiten zu diesen Gründen verweist die genannte Bestimmung auf die Richtlinie 64/221.³²
- 55 Die Richtlinie 64/221 steht in der EU nicht mehr in Kraft, sondern ist durch die Richtlinie 2004/38³³ (auch «Freizügigkeitsrichtlinie» oder «Unionsbürgerrichtlinie» genannt) abgelöst worden. Diese ist ebenfalls ins EWR-Recht aufgenommen worden,

²⁹ Für Einzelheiten zum FZA siehe insbes. Véronique Boillet, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel: Helbing Lichtenhahn 2010, sowie Christine Kaddous/Diane Grisel, Libre Circulation des personnes et des services, Basel: Helbing Lichtenhahn 2012, S. 875 ff.

³⁰ Dazu Christa Tobler, Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, S. 19.

³¹ So der EuGH in der unionsrechtlichen Leitentscheidung Rs. C-237/94 *John O'Flynn gegen Adjudication Officer*, ECLI:EU:C:1996:206, Rz. 20 f. Gleich das Bundesgericht mit Bezug auf das EFTA-Recht BGE 132 V 82 E. 5.5. – Zum Ganzen Tobler (Fn. 30).

³² Richtlinie 64/221 Richtlinie zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 56/850 (in der EU nicht mehr in Kraft).

³³ Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77.

- wenn auch mit gewissen Einschränkungen.³⁴ Im Rahmen des FZA Schweiz-EU sowie des EFTA-Rechts bleibt die alte Richtlinie 64/221 aber relevant.
- 56 Während für direkte Diskriminierungen nur die erwähnten gesetzlichen Gründe zur Verfügung stehen, gibt es für indirekte Diskriminierungen aufgrund der EuGH-Rechtsprechung zusätzlich die oben erwähnte, offene Kategorie der objektiven Gründe.
- 57 Auf einen Rechtfertigungsgrund gestützte Massnahmen müssen zudem **verhältnismässig** sein. Dies bedeutet insbes., dass die getroffene Massnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels **geeignet** ist nicht weiter geht, als dazu **erforderlich** ist. Im Übrigen gilt, dass ein Staat, der sich auf einen Rechtfertigungsgrund beruft, «eine Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Massnahme vorlegen sowie genaue Tatsachen zur Stützung seines Vorbringens anführen muss» (so der EuGH im Rahmen des EU-Rechts z.B. in *Kommission gegen Luxemburg*,³⁵ Rz. 51).
- 58 Wird eine Diskriminierung durch Ungleichbehandlung festgestellt, so muss der benachteiligten Person oder Gruppe die günstigere Behandlung gewährt werden, solange die allgemeine Regel nicht diskriminierungsfrei ausgestaltet ist (sog. *levelling up*; so mit Bezug auf das EFTA-Recht BGE 132 V 82 E. 5.5).
- 59 Umgekehrt ergibt sich aus diesem Grundsatz, dass bei der Änderung der diskriminierenden Regel zur Beseitigung der festgestellten Diskriminierung die Wahl zwischen einer allgemein besseren (*levelling up*) oder einer allgemein schlechteren Behandlung (*levelling down*) besteht – untechnisch ausgedrückt ist «gleich schlecht auch gleich». Darin zeigt sich die inhaltliche Grenze eines klassischen verstandenen Diskriminierungsrechts, das kein bestimmtes Niveau der Behandlung vorschreibt, sondern lediglich auf eine relativ gleiche Behandlung zielt.

2. Beschränkungsverbot?

- 60 Im **EU-Recht** (bzw. im ursprünglichen Gemeinschaftsrecht) legte der EuGH die Marktzugangsbestimmungen über die Personen- und Dienstleistungsfreiheit anfangs nur im Sinne eines Verbots der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit aus, zuerst der direkten und sodann auch der indirekten Diskriminierung. Später ergänzte er dies jedoch um **ein viel breiter gefasstes Beschränkungsverbot**, das heute ebenfalls Teil des EWR-Rechts ist.
- 61 Das Beschränkungsverbot erfasst auch nichtdiskriminierende Massnahmen, wenn sie den Marktzugang erschweren oder unattraktiv machen, dies aber gleich wie bei der indirekten Diskriminierung unter dem Vorbehalt einer objektiven Rechtfertigung und der Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme. Auch hier kann zudem auf die gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden. Das Beschränkungsverbot kann in beiden Rechtsordnungen, EU- und EWR-Recht, auch gegenüber dem eigenen Staat geltend gemacht werden.³⁶
- 62 **Grundsätzliche Rechtsprechung** über die Frage, ob das FZA, und mit ihm die EFTA-Konvention, neben dem ausdrücklich statuierten Diskriminierungsverbot ebenfalls ein

³⁴ Dazu z.B. Christa Tobler, 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-Related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', European Papers 8. Februar 2019, 1429-1451.

³⁵ EuGH, Rs. C-319/06 *Kommission gegen Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350.

³⁶ Zum EU-Recht z.B. Tobler (Fn. 30), S. 75 ff.; zum EWR-Recht Philipp Speitler, 'Right of Establishment and Freedom to Provide and Receive Services', in: Baudenbacher (Fn. 14), sowie Ólafur Jóhannes Einarsson, 'Art. 36 EWR', in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Fn. 14), 450-470, Rz. 8.

weiter gefasstes Beschränkungsverbot umfassen, **fehlt** sowohl auf der Seite des Schweizer Bundesgerichts als auch auf jener des EuGH.³⁷ Für die spezielle Konstellation der Grenzgängerinnen und Grenzgänger sowie für das Sozialversicherungsrecht liegen Entscheide vor, welche eine Anwendbarkeit dieser Regeln auch für Fälle vorsehen, wo sich eine Person gegen den eigenen Staat richtet,³⁸ doch klärt dies nicht die hier angesprochene, grundlegende Frage.

- 63 Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander. Ein Beschränkungsverbot wird z.B. von Epiney/Zbinden³⁹ postuliert, von der Verfasserin der vorliegenden Studie aber angesichts der grundlegenden Unterschiede zwischen dem EU- und dem EWR-Recht mit ihrem vollen Binnenmarktregime auf der einen Seite und anderen Aussenverträgen der EU, welche – wie das FZA und die EFTA-Konvention – davon nur Teilbereiche aufgreifen, auf der anderen Seite nach dem heutigen Stand eher verneint.

3. Stillhalteverpflichtung

- 64 Neben materiellen Bestimmungen zu spezifischen Aspekten des EFTA-Rechts enthält die EFTA-Konvention auch **Stillhalteklausele** wie Art. 29 Abs. 4 EFTA im Teil über die Dienstleistungen oder Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention über die Freizügigkeit. Sie verbieten gewisse Massnahmen, sofern diese erst nach der Unterzeichnung des Abkommens eingeführt werden.

- 65 Im EU-Recht bestehen heute im Rahmen der Binnenmarktregeln des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten keine solchen Stillhalteklausele mehr, anders als noch im ursprünglichen Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), der sie mit Blick auf die im Vertrag statuierten Übergangsfristen vorsah. Auch das EWR-Recht kennt keine solchen Stillhalteklausele.

- 66 Im EFTA-Recht ist für die Thematik der Entsendung Art. 13 im Anhang K relevant. Er lautet unter dem Titel des englischsprachigen Begriffs «Stand still»:

«Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, in den unter diesen Anhang fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Mitgliedstaaten einzuführen.»

- 67 Zur **Auslegung des Begriffs der «Beschränkung»** in Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention liegt bisher, soweit ersichtlich, keine Rechtsprechung vor, wohl aber für die parallele Bestimmung von Art. 13 FZA. Hierzu hat das Schweizer Bundesgericht entschieden, dass die Stillhalteverpflichtung nicht weiter geht als das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (direkte und indirekte Diskriminierung; BGE 130 I 26 E. 3.4).

³⁷ Eingehend zur Frage des Beschränkungsverbots im Rahmen des FZA Schweiz-EU Chantal Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende. Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel: Helbing Lichtenhahn 2009. Vgl. auch etwa Tobler (Fn. 18), Rz. 213 ff.

³⁸ In der EuGH-Rechtsprechung zum FZA siehe EuGH, Rs. C-257/10 *Försäkringskassan gegen Elisabeth Bergström*, ECLI:EU:C:2011:839, sowie Rs. C-425/11 *Katja Ettwein gegen Finanzamt Konstanz*, ECLI:EU:C:2013:121. Hierzu Christine Kaddous/Christa Tobler, Chronik 'Droit européen: Suisse – Union européenne // Europarecht: Schweiz – Europäische Union', Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 23 (2013), 646-670, S. 643 ff.

³⁹ Astrid Epiney/Patrizia Zbinden, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Cahiers fribourgeois de droit européen no 8 / Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg i.Üe.: Europainstitut der Universität Freiburg 2009, S. 17 ff.

- 68 Diese Auslegung ist allerdings von der Verfasserin der vorliegenden Studie kritisiert worden.⁴⁰ Sie weist darauf hin, dass sich das Bundesgericht indirekt (d.h. via die zitierte wissenschaftliche Literatur) auf die in diesem Punkt inzwischen überholte EuGH-Rechtsprechung zu einer heute nicht mehr existenten Stillhalteklausele im Gemeinschaftsrecht stützt. Die moderne Rechtsprechung des EuGH zum Ankara-Assoziationsrecht zwischen der EU und der Türkei, welches ebenfalls Stillhalteklausele enthält, geht weiter.⁴¹ So sind dort im Rahmen der Stillhalteverpflichtung sämtliche neuen und erschwerenden Massnahmen verboten, auch wenn sie nicht diskriminieren.⁴² In der neueren Rechtsprechung wendet der EuGH zudem für die Frage der Rechtfertigung dieselbe Systematik an wie für das Beschränkungsverbot im EU-Binnenmarktrecht (Möglichkeit der objektiven Rechtfertigung, Erfordernis der Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme).⁴³
- 69 Nach der Auffassung der Autorin der vorliegenden Studie muss für die Stillhalteverpflichtung nach Art. 13 FZA und damit auch für Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention dasselbe gelten. Dies scheint umso mehr sinnvoll, als der Wortlaut der letztgenannten Bestimmung weiter ist als jener der Stillhalteverpflichtung nach Art. 29 Abs. 4 EFTA. Letzterer verbietet es, «neue oder weitere *diskriminierende* Massnahmen für Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen Mitgliedstaates» einzuführen (Hervorhebung durch die Verfasserin). Dieser ausdrückliche Wortlaut zeigt, dass in diesem anderen Kontext spezifisch diskriminierende Massnahmen gemeint sind. Im Gegensatz dazu enthält der Wortlaut von Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention gerade keine solche Einschränkung.
- 70 Allerdings muss **damit gerechnet werden, dass das Bundesgericht Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention im gleichen, einschränkenden Sinne wie Art. 13 FZA auslegen würde** (also lediglich als Diskriminierungsverbot). Immerhin könnte vor Gericht auch im hier vorgeschlagenen Sinne argumentiert werden (vgl. dazu unten C.IV.3.c.ii).
- 71 Im Übrigen ist festzuhalten, dass die **Stillhalteverpflichtung dort keinen wirklichen Mehrwert** bietet, wo eine Massnahme bereits nach anderen Vorschriften unzulässig ist. In der vorliegenden Studie wird Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention deshalb nur dort geprüft, wo der Befund aufgrund anderer Vorschriften der ist, dass (möglicherweise) keine Verletzung des EFTA-Rechts vorliegt.

⁴⁰ Tobler (Fn. 18), Rz. 190 ff.

⁴¹ Zu den Stillhalteklausele im Ankara-Assoziationsrechts z.B. Narin Teczan/Idriz, 'Free movement of persons between Turkey and the EU: To move or not to move? The Response of the Judiciary', *Common Market Law Review* 46 (2009) 1621-1665, S. 226; weiter Narin Teczan, *Legal Constraints on EU Member States as Primary Law Makers: A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, Leiden: E.M. Meijers Instituut: 2015, S. 77 ff.

⁴² EuGH, Rs. C-192/89 *S.Z. Sevince gegen Staatssecretaris van Justitie*, ECLI:EU:C:1990:322; weitere Hinweise zur Rechtsprechung bei Tobler (Fn. 18), Rz. 191.

⁴³ So z.B. in EuGH, Rs. C-123/17 *Nefiye Yön gegen Landeshauptstadt Stuttgart*, ECLI:EU:C:2018:632, Rz. 72, und neuestens Rs. C-89/18 *A gegen Udlændinge- og Integrationsministeriet*, ECLI:EU:C:2019:580.

C. Erste Frage: «Gehen die von der Schweiz implementierten flankierenden Massnahmen mit den im liechtensteinisch-schweizerischen Verhältnis relevanten Bestimmungen der EFTA-Konvention konform?»

- 72 Im Folgenden soll die Kompatibilität ausgewählter flankierender Massnahmen nach dem Schweizer Recht mit dem EFTA-Recht zur Entsendung untersucht werden. Dies bedingt vorab eine europarechtliche Einordnung der Entsendethematik sowohl auf der allgemeinen Ebene wie auf jener des EFTA-Rechts.

I. Allgemeine europarechtliche Einordnung der Thematik

- 73 Die Entsendung von Arbeitskräften gehört europarechtlich vorab **in den Zusammenhang der Dienstleistungsfreiheit**: Ein Unternehmen erbringt in einem anderen Staat eine Dienstleistung (grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung) und setzt dafür eigene, aus seinem Herkunftsstaat mitgebrachte Arbeitskräfte ein (Entsendung).
- 74 Fragen zur **Rechtsstellung der entsandten Arbeitskräfte** wurden in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und später der Europäischen Gemeinschaft (EG) vorerst ausschliesslich aus dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Unternehmen betrachtet (so z.B. in *Rush Portuguesa*).⁴⁴ Da in einem solchen Fall die Arbeitskräfte nicht von einem Unternehmen des Ziel- bzw. Arbeitsstaates angestellt werden und zudem nur vorübergehend oder zeitweilig dort tätig sind, fallen sie nicht unter die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitskräfte.
- 75 Spezifische Gemeinschaftsvorschriften über die entsandten Arbeitskräfte fehlten bis in die 1990er Jahre hinein. Im Jahr 1996 wurde die sog. **Entsenderichtlinie 96/71 als spezielles Sekundärrecht** geschaffen.⁴⁵ Sie stützt sich von ihrer Rechtsgrundlage her auf die Dienstleistungsfreiheit, hat aber von ihrem Inhalt her offensichtlich auch soziale Ziele (vgl. dazu die Erwägungen 12 ff. in der Präambel). Für die Zwecke dieser Richtlinie spielt die Nationalität mit Bezug auf das entsendende Unternehmen eine Rolle – dieses muss im Rahmen des EU-Binnenmarktrechts aus der EU stammen, nicht aber die von ihm entsandten Arbeitskräfte, die auch die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats haben können.
- 76 Die Entsenderichtlinie 96/71 ist kürzlich **durch die Richtlinie 2018/957⁴⁶ revidiert** worden, wobei die Frist zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie in das mitgliedstaatliche Recht noch bis zum 30. Juni 2020 läuft. Bereits im Jahr 2014 schuf die Europäische Union ausserdem die **Richtlinie 2014/67⁴⁷ zur Durchsetzung** der Entsenderichtlinie (sog. Durchsetzungsrichtlinie).
- 77 Heute besteht das für die Entsendung einschlägige Unionsrecht somit aus zwei Stufen. Gemäss dem Grundsatz des **Anwendungsvorrangs des spezielleren Rechts** (*lex specialis derogat legi generali*) muss in einem konkreten Fall immer zuerst geprüft

⁴⁴ EuGH, Rs. C-113/89 *Rush Portuguesa Lda gegen Office national d'immigration*, ECLI:EU:C:1990:142.

⁴⁵ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

⁴⁶ Richtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173/16.

⁴⁷ Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystem („IMI-Verordnung“), ABl. 2014 L 159/11.

werden, ob der Sachverhalt vom spezifischen Sekundärrecht zur Entsendung erfasst wird. Ist dies nicht der Fall, so **können noch immer die allgemeineren, primärrechtlichen Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit zur Anwendung gelangen**. Dies ist z.B. dort der Fall, wo es um eine Thematik geht, welche in der spezifischen Entsendegesetzgebung nicht geregelt ist (so z.B. in *Kommission gegen Österreich*,⁴⁸ wo es um das Erfordernis einer Entsendebestätigung für Arbeitskräfte mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates geht) oder wo diese Gesetzgebung aus zeitlichen Gründen noch nicht anwendbar ist (so z.B. in *Čepelnik*⁴⁹ betr. die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67).

- 78 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, gilt für das FZA Schweiz-EU und für das EFTA-Recht Entsprechendes, wobei hier aber die der Regelung zugrunde liegende Systematik mit Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen eine etwas andere ist.
- 79 In der erwähnten Art der Regelung spiegeln sich **zwei unterschiedliche Ebenen von Integrationsvorschriften**, die für das EU- und das EWR-Recht typisch sind und die via das bilaterale Recht Schweiz-EU und das EFTA-Recht auch in diesen Rechtsordnungen abgebildet werden: Zum einen spezifische Vorgaben im Sekundärrecht als – hier: Koordinationsvorschriften über das anwendbare Recht (siehe unten Rz. 91) sowie bis zu einem gewissen Grad Harmonisierungsvorschriften, also positive Integrationsregeln (siehe unten Rz. 177) – und zum andern das im Vergleich allgemeiner gefasste Diskriminierungsverbot des EU-Primärrechts (negative Integrationsregel).⁵⁰

II. Relevantes EFTA-Recht zur Entsendung

- 80 Die EFTA-Konvention bildet die Regelung des FZA Schweiz-EU zur Entsendung ab. In beiden Rechtsordnungen gilt grundsätzlich gleich wie im EU-Recht, dass die Thematik der Entsendung in den **Zusammenhang der Dienstleistungsfreiheit** gehört. Allerdings verweist Art. 29 Abs. 7 EFTA im Kapitel X über den Dienstleistungshandel mit Bezug auf natürliche Personen auf Art. 20, Anhang K über die Freizügigkeit und das Protokoll zum Anhang K über den Personenverkehr zwischen Liechtenstein und der Schweiz «in Übereinstimmung mit den hiermit aufgestellten Prinzipien».
- 81 Aus **Art. 20 EFTA im Kapitel VIII über den freien Personenverkehr** ergibt sich, dass zum Ziel dieses Artikels zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten u.a. die «Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, insbesondere die **Liberalisierung kurzfristiger Dienstleistungen**» gehört. Der Begriff des Personenverkehrs wird deshalb hier gleich wie im FZA Schweiz-EU weit verstanden und geht über die EU-rechtliche Definition des Personenverkehrs hinaus. Im EU-Recht umfasst der Personenverkehr lediglich die angestellten Arbeitskräfte sowie die Niederlassung von Selbständigen und Unternehmen (Art. 45-55 AEUV).
- 82 In der Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention finden sich sodann **spezifische Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitskräften**.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-168/04 *Kommission gegen Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-33/17 *Čepelnik d.o.o. gegen Michael Vavti*, ECLI:EU:C:2018:896.

⁵⁰ Die Unterscheidung zwischen der negativen und der positiven Integration geht auf den niederländischen Ökonomen Jan Tinbergen zurück; siehe dazu Christa Tobler, *Internetapotheken im europäischen Recht. Positive und negative Integration am Beispiel des grenzüberschreitenden Verkaufs von Arzneimitteln in der EU und in der Schweiz*, Basler Schriften zur europäischen Integration No 87, Basel: EuropaInstitut der Universität Basel 2009, mit Literaturhinweisen sowohl Tinbergen sowie zu neuerer Literatur.

- 83 Hier betrifft Art. 16 Buchst. b) das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Art. 19 regelt die Fälle, in welchen der Aufenthalt mit und ohne Aufenthaltsbewilligung zugelassen ist. Art. 21 Abs. 2 betrifft die vorliegend besonders interessierenden **Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen** von entsandten Arbeitskräften. Er entspricht inhaltlich Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA Schweiz-EU und lautet wie folgt:
- «Die Artikel 16 und 18 dieser Anlage sowie die auf Grund dieser Artikel getroffenen Massnahmen lassen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt. Gemäss Artikel 16 dieses Anhangs wird auf die Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 (ABl. Nr. L 18, 1997, S. 1) über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen Bezug genommen, so wie sie in das EWR-Abkommen und in das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG aufgenommen wurden und am 21. Juni 1999 gültig war.»
- 84 Durch diese Bestimmung ist die Richtlinie 96/71 Teil des Abkommens und somit EFTA-Recht geworden.⁵¹ Dabei ist wesentlich, dass es – gleich wie im FZA – um die **alte Fassung der Entsenderichtlinie 96/71** von vor der Revision von 2018 geht. Weder die Änderungsrichtlinie 2018/957 noch die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 sind Teil des FZA Schweiz-EU und des EFTA-Rechts.
- 85 Anders als im EWR-Recht besteht in den genannten Rechtsordnungen **keine Rechtspflicht zum regelmässigen «Aufdatieren»**, um so auf der Ebene des Rechtskorpus Homogenität mit dem EU-Recht sicherzustellen. In beiden Fällen ist der spezifische Teil über die Freizügigkeit (im EFTA-Recht: Anlage 1 zum Anhang K) bisher nie neuerem EU-Recht angepasst worden (anders als z.B. der Teil über das Sozialversicherungsrecht).⁵²
- 86 Eine «Dynamisierung» u.a. des FZA war Gegenstand von Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über **modernisierte institutionelle Regeln** für ausgewählte bilaterale Abkommen. Der daraus resultierte Entwurf für ein Institutionelles Abkommen (InstA) vom November 2018⁵³ sieht eine Rechtspflicht zum Aufdatieren vor, was eine institutionelle Annäherung an den EWR bedeuten würde. Allerdings steckt der Entwurf zur Zeit (Mitte August 2019) in der internen politischen Debatte der Schweiz fest.
- 87 Im EFTA-Zusammenhang ist die Tatsache interessant, dass Art. 21 Abs. 2 in der Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention nicht nur auf das bilaterale FZA Schweiz-EU Bezug nimmt, sondern auch auf das **EWR-Abkommen**. Dies kann sich aber bei Lichte betrachtet nur auf den Rechtsstand zur Zeit der Unterzeichnung der revidierten EFTA-Konvention beziehen. Im Rahmen des dynamischen EWR-Rechts besteht inzwischen ein Übernahmebeschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zur Durchsetzungsrichtlinie, der allerdings noch nicht in Kraft getreten ist.⁵⁴

⁵¹ Vgl. dazu im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht Schweiz-EU Oesch (Fn. 18), S. 637, Rz. 923.

⁵² Vgl. für das EFTA-Recht BGE 143 III 385 E. 3.2: Die EU-Verordnung 883/2004 gilt seit 1. Januar 2016 im Rahmen der EFTA-Konvention (Verordnung 883/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004, L 166/1). Zum Verfahren des Aufdatierens siehe Art. 53 EFTA; hierzu Baur (Fn. 13), S. 366 ff.

⁵³ Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf (inoffizielle, deutsche Übersetzung des Entwurfstexts). Zum Entwurf siehe insbes. Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, Jusletter 17. Dezember 2018. Zur Thematik als Ganzes Christa Tobler/Jacques Beglinger, Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2019-08.1 vom 18. August 2019, <http://www.eur-charts.eu/books/institutional-negotiations-ch-eu>.

⁵⁴ Dazu Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 30.

- 88 Im Übrigen enthält das EWR-Abkommen keine Art. 21 Abs. 2 Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention bzw. Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA entsprechende Bestimmung. Stattdessen erscheint das einschlägige Entsenderecht schlicht in der Liste des für den EWR relevanten EU-Sekundärrechts, und zwar im Anhang XVIII über u.a. Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (und nicht im Anhang über die Dienstleistungen).⁵⁵ Damit ist die Systematik des EWR-Rechts eine etwas andere als im bilateralen Recht Schweiz-EU und in der EFTA-Konvention.

III. Systematik des EFTA-Rechts zur Entsendung

1. Art. 21 Abs. 2 in der Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention

- 89 Ausgangspunkt für die inhaltliche Analyse ist nach dem Gesagten die oben zitierte Regelung von **Art. 21 Abs. 2 Anlage 1 zum Anhang K der EFTA-Konvention** mit dem Vorbehalt der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der EFTA-Staaten über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitskräfte.
- 90 Bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung ist die folgende Systematik zu beachten:

1. Anwendungsbereich der Bestimmung:

Der Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 Anlage I zum Anhang K der EFTA-Konvention wird in verschiedener Hinsicht begrenzt:

a) Zum einen ist die Bestimmung Teil der Vorschriften über die Erbringung von kurzzeitigen Dienstleistungen. Gleich wie im FZA Schweiz-EU ist dabei nach Art. 16 Buchst. a) der Anlage I zum Anhang K zur EFTA-Konvention die bewilligungsfreie Erbringung von Dienstleistungen auf eine Dauer von für 90 Tagen pro Kalenderjahr beschränkt.

b) Zum andern umschreibt Art. 1 der Richtlinie 96/71 die Entsendung im Sinne der Richtlinie. Danach gilt die Richtlinie für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäss Abs. 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden. Die weiteren Absätze enthalten Konkretisierungen hierzu.

2. Inhalt der Bestimmung:

Art. 21 Abs. 2 Anlage I zum Anhang K der EFTA-Konvention enthält einen Vorbehalt zugunsten der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitskräfte, der allerdings durch die Vorgaben der Entsenderichtlinie 96/71 eine inhaltliche Begrenzung erfährt. Hierfür ist entscheidend, welche Aspekte von der Entsenderichtlinie geregelt werden (dazu sogleich im folgenden Abschnitt). – Zur Erinnerung: Die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 und die Änderungsrichtlinie 2018/957 sind (noch) nicht Teil des EFTA-Rechts.

3. Für **Bereiche ausserhalb der Entsenderichtlinie 96/71** gelten die allgemeineren Vorgaben der EFTA-Konvention für die Erbringung von kurzzeitigen Dienstleistungen. Dazu gehört insbes. Art. 18 in der Anlage 1 zum Anhang K zur EFTA-Konvention über die Gleichbehandlung bzw. die Diskriminierung wegen der

⁵⁵ Idem, S. 27.

Staatsangehörigkeit, daneben aber auch die Stillhalteverpflichtung nach Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention.

2. Wesentlicher Inhalt der Entsenderichtlinie 96/71

91 Die **Entsenderichtlinie 96/71** in der Fassung von vor der Revision von 2018 enthält innerhalb ihres in Art. 1 definierten Anwendungsbereichs im Wesentlichen **Vorgaben zu zwei inhaltlichen Aspekten** der Entsendung, nämlich in Art. 3 zu den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die entsandten Arbeitskräfte und in Art. 5 zu Massnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie.

a. Regelung zu den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

92 Nach Art. 3 über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten für ausgewählte Aspekte des Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Bedingungen die Vorschriften des Landes, wo die Arbeit ausgeführt wird (**Arbeitslandprinzip**). Dabei ist wesentlich, dass die Richtlinie 96/71 **nur die Anwendbarkeit der relevanten Bestimmungen des Staates** regelt, in welchem die Arbeit erbracht wird. Sie hat insofern eine koordinierende Funktion.

93 Der **Inhalt des nationalen Rechts** über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wird durch die Richtlinie **nicht harmonisiert**, sondern kann durch die Staaten unter Beachtung der allgemeinen Vorgaben des relevanten Rechtssystems frei bestimmt werden (so der EuGH z.B. in *Kommission/Deutschland*,⁵⁶ Rz. 19). Diese allgemeinen Vorgaben ergeben sich in der EU aus dem EU-Recht,⁵⁷ in der EFTA aus der EFTA-Konvention und im Verhältnis Schweiz-EU aus dem FZA.

94 Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie **zählt die für das Arbeitslandprinzip relevanten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abschliessend auf**. Es handelt sich um:

- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
- bezahlter Mindestjahresurlaub;
- Mindestlohnsätze einschliesslich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
- Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

95 Mit Bezug auf **weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen** ausserhalb der Liste von Art. 3 Abs. 1 statuiert Abs. 10 derselben Bestimmung das Recht der Staaten,

«unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise

⁵⁶ EuGH, Rs. C-490/04 *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430.

⁵⁷ Der EuGH nennt in der aus dem Jahr 2007 stammenden Entscheidung *Kommission/Deutschland* in Rz. 19 für das EU-Recht die Vorgaben des damals geltenden «EG-Vertrags und der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, im vorliegenden Verfahren also auch des Art. 49 EG», welcher die Dienstleistungsfreiheit betraf. Nach der Vertragsrevision von Lissabon ist der Rahmen der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; neuer Name des revidierten, früheren EG-Vertrags) einschliesslich Art. 59 AEUV über die Dienstleistungsfreiheit, die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und die Charta der Grundrechte der Union.

- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Absatz 1 Unterabsatz 1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt,
 - Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen nach Absatz 8 festgelegt sind und andere als im Anhang genannte Tätigkeit betreffen,
- vorzuschreiben.»

96 Es handelt sich hierbei um eine Ausnahmeregelung zu Art. 3 Abs. 1, die deshalb eng ausgelegt werden muss (so der EuGH in *Kommission/Luxemburg*, Rz. 27 ff.).⁵⁸

b. Massnahmen mit Blick auf die Nichteinhaltung der Richtlinie

97 Nach Art. 5 müssen die Staaten für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie «**geeignete Massnahmen**» **vorsehen** und dabei insbes. sicherstellen, «dass den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen».

c. Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen des nationalen Rechts zur Überwachung der Einhaltung der Richtlinie

98 **Keine Vorgaben** macht die Richtlinie mit Bezug auf verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen des nationalen Rechts, welche die Überwachung der Einhaltung der Richtlinie erlauben sollen. Hier gilt deshalb, dass die Staaten solche Massnahmen im Rahmen der allgemeinen Vorgaben des relevanten Rechtssystems frei bestimmen können (so der EuGH in *Dos Santos Palhota*,⁵⁹ Rz. 26 ff., für das EU-Recht).

99 Für das EU- und das EWR-Recht enthält nun die **Durchsetzungsrichtlinie 2014/67** bestimmte Vorgaben zu den verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen des nationalen Rechts, (dazu unten D.II.). Diese Richtlinie ist aber, wie erwähnt, (noch) nicht Teil des EFTA-Rechts. Im Rahmen der EFTA-Konvention gelten für diesen Bereich deshalb weiterhin die allgemeinen Vorgaben, konkret die Bestimmungen der Konvention über die Erbringung von kurzzeitigen Dienstleistungen, darunter insbes. das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und die Stillhalteverpflichtung (dazu oben B.III.).

3. Anwendbare Regelungsebene

100 Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass je nach der zu beurteilenden Massnahme die Entsenderichtlinie 96/71 (in der Version vor der Revision von 2018) oder aber die allgemeinen Vorgaben der EFTA-Konvention anwendbar sind.

Dies führt zur folgenden Systematik zur **anwendbaren Regelungsebene**:

⁵⁸ EuGH, Rs. C-319/06 *Kommission gegen Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350. Ein Beispiel für ein solche, weitere Regelung ist die Vorschrift, die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten (wobei der EuGH im Fall *Kommission gegen Luxemburg* aber die Bedingungen von Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie 96/71 nicht als erfüllt ansah).

⁵⁹ EuGH, Rs. C-515/08 *Vitor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota und Termiso Limitada*, ECLI:EU:C:2010:589, Rz. 26 f.

Im Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71	Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 96/71; stattdessen Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Erbringung von Dienstleistungen
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, für welche gemäss den Vorgaben der Richtlinie das Recht des Aufnahmestaates gilt (abschliessende Liste in Art. 3 Abs. 1)	Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen mit Blick auf die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie
Weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3 Abs. 10)	
Sanktionen für Verstösse gegen Art. 3 (Art. 5)	

IV. Sind die schweizerischen flankierenden Massnahmen nach dem EFTA-Entsenderecht zulässig?

1. Vorbemerkungen

- 101 Im Folgenden soll vor dem geschilderten rechtlichen Hintergrund untersucht werden, ob die flankierenden Massnahmen (FlaM) der Schweiz den Vorgaben des EFTA-Entsenderechts entsprechen.
- 102 Vorab sei darauf hingewiesen, dass **Epiney und Zbinden** bereits vor zehn Jahren eine **ausführliche Studie** über die Vereinbarkeit der verschiedenen schweizerischen flankierenden Massnahmen mit dem FZA Schweiz-EU vorgelegt haben.⁶⁰ Angesichts der Parallelität von EFTA-Recht und FZA im Bereich der (in einem weiten Sinne verstandenen) Personenfreizügigkeit kann es nicht der Sinn der vorliegenden Studie sein, die bereits geleistete Arbeit in umfassender Weise zu wiederholen. Stattdessen wird der Fokus beispielhaft auf drei Massnahmen des Schweizer Entsenderechts gelegt, um so eigene Akzente zu setzen und auch neuere Literatur einzubeziehen.
- 103 Besprochen werden im Folgenden die sog. «**8 Tage-Regel**», die **Kautionspflicht** und die **Dienstleistungssperre**. Gemäss Baur/Frommelt werden diese Massnahmen von den liechtensteinischen Unternehmen in der Praxis als unterschiedlich problematisch eingestuft. Während die Dienstleistungssperre in der Praxis keine grosse Relevanz entwickelt hat und die Kautionspflicht aus rein praktischen Gründen nicht mehr als problematisch erfahren wird, wird die Voranmeldepflicht als echte Hürde empfunden.⁶¹
- 104 Die genannten Massnahmen eignen sich zur Illustration der rechtlichen Problematik, weil sie **unterschiedliche Konstellationen** betreffen: Einzig die Dienstleistungssperre fällt in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie 96/71. Die anderen beiden Massnahmen sind im Rahmen der allgemeinen Vorgaben über die Erbringung von Dienstleistungen zu beurteilen, wobei eine davon eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit der dienstleistenden Unternehmen vorsieht und die andere gleichermassen auf alle Unternehmen angewendet wird.
- 105 Bezogen auf das oben vorstellte Schema zur europarechtlichen Entsendegesetzgebung, müssen die erwähnten Massnahmen wie folgt eingeordnet werden:

⁶⁰ Epiney/Zbinden (Fn. 39).

⁶¹ Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 72 und 77.

Im Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71	Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 96/71; stattdessen Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Erbringung von Dienstleistungen
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, für welche gemäss den Vorgaben der Richtlinie das Recht des Aufnahmestaates gilt (abschliessende Liste in Art. 3 Abs. 1)	Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen mit Blick auf die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie:
Weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3 Abs. 10)	<ul style="list-style-type: none"> • 8-Tage-Regel, Art. 6 EntsG, Art. 6 EntsV • Kautionspflicht, Art. 2 Abs. 2ter EntsG
Sanktionen für Verstösse gegen Art. 3 (Art. 5): Dienstleistungssperre, Art. 9 EntsG	

2. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie 96/71: die schweizerische 8-Tage-Regel

a. Die schweizerische 8-Tage-Regel, insbes. im Verhältnis zu Liechtenstein

- 106 Zu den Vorschriften der Schweizer Entsendegesetzgebung gehört ein Voranmeldeverfahren, das in der Schweiz unter der Bezeichnung «**8-Tage-Regel**» bekannt ist.
- 107 Das genannte Verfahren muss **vor dem Hintergrund der Art. 2 ff. des Entsendegesetzes (EntsG)**⁶² gesehen werden. Art. 2 nennt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, Art. 3 betrifft die Unterkunft der Arbeitskräfte und Art. 4 die Ausnahmen von den Mindestvorschriften für die Entlohnung und die Ferien (nämlich für Arbeiten von geringem Umfang sowie für Montage oder erstmaligen Einbau, wenn die Arbeiten weniger als acht Tage dauern und Bestandteil eines Warenlieferungsvertrages bilden, sog. Montageprivileg).
- 108 Die **Kontrolle** der Einhaltung dieser Vorschriften ist in Art. 7 EntsG geregelt. Aus Art. 1 Abs. 2 EntsG ergibt sich, dass das Gesetz seit einer Revision aus dem Jahr 2012 mit Blick auf die Kontrollen auch Inlandsachverhalte erfasst.⁶³ Mit anderen Worten, Kontrollen der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben werden sowohl bei ausländischen Entsendebetrieben als auch bei Unternehmen, welche in der Schweiz Personal anstellen, durchgeführt (wenn auch mit unterschiedlicher Kontrolldichte, worauf in der vorliegenden Studie nicht näher eingegangen wird).⁶⁴
- 109 Im Gegensatz dazu gilt die in Art. 6 EntsG statuierte **Voranmeldepflicht nur für ausländische Entsendebetriebe**. Danach muss der Arbeitgeber vor Beginn des Entsendeeinsatzes schriftlich jene Angaben melden, welche für die Durchführung der vom Gesetz vorgesehenen Kontrollen notwendig sind, und darf die Arbeit frühestens acht Tage nach der Meldung aufgenommen werden.

⁶² Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

⁶³ Kurt Pärli, Entsendegesetz (EntsG), Bern: Stämpfli 2018, Art. 1 EntsG, Rz. 27.

⁶⁴ Hierzu Pärli (Fn. 63), Art. 7 EntsG, Rz. 44.

- 110 Art. 6 der Verordnung zum Entsendegesetz (EntsV)⁶⁵ präzisiert sodann, dass die Voranmeldepflicht für alle Arbeiten obligatorisch ist, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern, für gewisse Tätigkeiten aber unabhängig von der Dauer der Arbeiten (nämlich für Tätigkeiten im Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gastgewerbe, Reinigungsgewerbe in Betrieben und Haushalten, Überwachungs- und Sicherheitsdienst, Reisengewerbe, Erotikgewerbe sowie dem Garten- und Landschaftsbau). Für Notfälle gelten gewisse Ausnahmen.
- 111 Im **Verhältnis zu Liechtenstein** besteht im Vergleich zu anderen EFTA-Staaten, aber auch zu den EU-Staaten, insofern **eine Besonderheit**, als der Rahmenvertrag mit der Schweiz eine Anpassung von Art. 6 EntsV vorsieht. Art. 9 des Rahmenvertrags bestimmt:
- «1) Die Vertragsparteien gewähren sich das Recht zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung nach Anhang K – Anlage 1 konsolidierte Fassung des EFTA-Übereinkommens.
 - 2) Die Dienstleistungserbringung bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen ist für alle Branchen melde- und bewilligungsfrei.
 - 3) Liechtensteinische Dienstleistungserbringer sind in der Schweiz generell von den Höchstzahlen befreit.»
- 112 Somit ist nach Art. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags die Dienstleistungserbringung in der Schweiz bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen für alle Branchen melde- und bewilligungsfrei, was in der Praxis auch so gehandhabt wird.⁶⁶ Die Voranmeldepflicht nach Schweizer Recht besteht deshalb für die Erbringung von Dienstleistungen von Liechtenstein aus in die Schweiz **erst für Dienstleistungserbringungen ab 9 Tagen** innerhalb eines Zeitraums vom 90 Tagen.

b. Relevantes EFTA-Recht

- 113 Wie soeben erwähnt, soll das Schweizer Voranmeldeverfahren der Organisation der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Mindestlohn- und Mindestarbeitsbedingungen durch ausländische Entsendebetriebe dienen.⁶⁷ Europarechtlich gedacht, geht es dabei um die Absicherung der Verpflichtungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 3 der Entsenderichtlinie 96/71 und somit um eine **verwaltungsrechtliche Nebenbestimmung**.
- 114 Gemäss der oben erwähnten Systematik liegt die 8-Tage-Regel deshalb ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie und muss stattdessen **im allgemeineren Rahmen der EFTA-Konvention beurteilt werden**. Dabei geht es in erster Linie um das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 in der Anlage 1 zum Anhang K zur EFTA-Konvention. Ein Rückgriff auf die Stillhalteverpflichtung nach Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention erübrigt sich, wenn eine Verletzung des Diskriminierungsverbots festgestellt wird (vgl. oben B.III.3.).

⁶⁵ Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), SR 823.201.

⁶⁶ Wobei aber die Sonderregelung auf der Kommunikationsplattform www.entsendung.ch nicht kommuniziert wird; dazu Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 88.

⁶⁷ Pärli (Fn. 63), Art. 6 EntsG, Rz. 1.

c. Anwendung auf die 8-Tage-Regel

- 115 Rechtsprechung zur Vereinbarkeit der 8-Tage-Regel spezifisch mit dem FZA Schweiz-EU oder mit der EFTA-Konvention besteht, soweit ersichtlich, nicht.
- 116 In der **Schweizer Literatur** gehen die Meinungen zur Zulässigkeit dieser Massnahme auseinander, wobei sich die Literatur bisher, soweit ersichtlich, nur zur Vereinbarkeit mit dem FZA Schweiz-EU äussert, ohne die EFTA-Konvention zu thematisieren. Wegen der parallelen Rechtslage zwischen diesen beiden Abkommen ist aber eine Analyse im Rahmen des FZA auf das EFTA-Recht übertragbar.
- 117 Im Rahmen des heute geltenden FZA geht Pärli⁶⁸ insbes. gestützt auf die EuGH-Rechtsprechung von vor der Unterzeichnung des Abkommens davon aus, dass die 8-Tage-Regel grundsätzlich zulässig ist. Er hält sie angesichts der heutigen Umstände auch für verhältnismässig.
- 118 Umgekehrt vertreten Zurkinder/Lauterburg⁶⁹ die Auffassung, dass die Regel dem heutigen FZA vermutlich nicht standhält, weil statische Voranmeldefristen angesichts des Erfordernisses der Verhältnismässigkeit generell nicht zulässig seien.
- 119 Auch Epiney/Zbinden⁷⁰ sind der Meinung, dass die 8-Tage-Regel unzulässig ist. Sie stützen dies auf eine detaillierte Analyse. Die Autorinnen führen aus, dass es sich angesichts der Tatsache, dass die Massnahme nur ausländische Unternehmen betrifft, um eine **direkte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit** handelt. Dem ist zuzustimmen: Die 8-Tage-Regel gilt nur für ausländische Arbeitgeber im Rahmen der Entsendung, nicht auch für schweizerische Arbeitgeber. Es liegt deshalb klar eine Ungleichbehandlung gestützt auf die Staatsangehörigkeit vor.
- 120 Epiney/Zbinden weisen weiter darauf hin, dass in solchen Fällen eine **Rechtfertigung** eigentlich nur aufgrund von gesetzlichen Gründen möglich ist. Jedoch habe der EuGH auch schon in anderen Fällen eine einseitige Meldepflicht als der Rechtfertigung zugänglich erklärt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass das Anliegen wirksamer Kontrollen (bzw. des Arbeitsschutzes) als Rechtfertigungsgrund dienen könne. Allerdings erachten die Autorinnen eine generalisierte Wartefrist von acht Tagen als unverhältnismässig.
- 121 Dazu ist allerdings zu bemerken, dass sich der EuGH-Entscheid, auf welchen sich die Autorinnen mit Bezug auf die Rechtfertigung stützen, im relevanten Teil über die Meldepflicht darauf beschränkt, die Unklarheit der Regelung zu thematisieren. Auf die Frage eines Rechtfertigungsgrundes geht der EuGH hier nicht ein (*Kommission/Luxemburg*, Rz. 77 ff.),⁷¹ weshalb daraus nichts abgeleitet werden kann. Andere Massnahmen in dieser Rechtssache betrafen nicht verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen wie die Voranmeldepflicht, sondern vielmehr weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen i.S.v. Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie 96/71, der die öffentliche Ordnung ausdrücklich als Massstab statuiert. Auch daraus kann deshalb für die Zulässigkeit der 8-Tage-Regel nichts abgeleitet werden.

⁶⁸ Pärli (Fn. 63), Art. 6 EntsG, Rz. 42 ff.

⁶⁹ Philipp Zurkinder/Bernhard C. Lauterburg, Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen, Bern, 24. Februar 2019, S. 19.

⁷⁰ Epiney/Zbinden (Fn. 39), S. 29 ff. Siehe nun auch Astrid Epiney/Lena Hehemann, 'Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung', Jusletter 8. April 2019, Rz. 31.

⁷¹ EuGH, Rs. C-319/06 *Kommission gegen Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350.

- 122 Im Übrigen stuft der EuGH in seiner Rechtsprechung Voranmeldepflichten regelmässig als **Beschränkungen** der Dienstleistungsfreiheit (statt als Diskriminierungen) ein.⁷² Beschränkungen sind in der Systematik des EU- und des EWR-Rechts – anders als direkte Diskriminierungen – der objektiven Rechtfertigung im Interesse des Arbeitnehmerschutzes zugänglich. Nach der hier vertretenen Auffassung kann aber beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung zu FZA und EFTA-Konvention nicht davon ausgegangen werden, dass die Kernbestimmungen zur Personen- und Dienstleistungsfreiheit auch in diesen Rechtsordnungen ein Beschränkungsverbot umfassen (dazu oben B.III.2.).
- 123 Wenn dem aber so ist, so **bleibt als sicherer Prüfraumen einzig das Diskriminierungsverbot** sowie der Grundsatz, dass in diesem Rahmen direkte Diskriminierungen nur aufgrund von gesetzlichen Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt werden können. In dieser Situation wäre die einzige Möglichkeit, um den Befund einer Diskriminierung zu vermeiden, die Argumentation mit der **fehlenden Vergleichbarkeit** der Situationen der inländischen und der ausländischen Betriebe, welche ungleich behandelt werden – fehlt die Vergleichbarkeit, so fehlt auch die Basis für eine Gleichbehandlung.
- 124 Tatsächlich besteht unbestrittenermassen ein **Unterschied zwischen den beiden Gruppen von Unternehmen** insofern, als die inländischen Betriebe immer in der Schweiz anwesend sind und insofern jederzeit kontrolliert werden können, die ausländischen Entsendebetriebe aber nur während der begrenzten Dauer der Dienstleistungserbringung. Wie der Entwurf für ein Institutionelles Abkommen Schweiz-EU (InstA) zeigt, wird dieser Unterschied von der EU im Rahmen des FZA auf der politischen Ebene grundsätzlich als relevant akzeptiert (dazu unten D.III.2.).
- 125 Allerdings gilt aus rechtlicher Sicht im Fall der fehlenden Vergleichbarkeit gemäss der allgemeinen Formel zur Rechtsgleichheit weiter, dass Ungleiches **nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich** behandelt werden soll. Mit anderen Worten: Die Ungleichbehandlung von unterschiedlichen Situationen muss im Verhältnis zu den rechtlich relevanten Unterschieden stehen. Andernfalls resultiert dennoch eine Diskriminierung, nämlich durch eine unverhältnismässige ungleiche Behandlung.
- 126 In der Schweiz haben vom Bundesrat in Auftrag gegebene (Vor-)Abklärungen ergeben, dass die heutige, **8-tägige Frist** des Schweizer Rechts mit Hilfe der Internet-Technologie faktisch verkürzt werden könnte.⁷³ Aus rechtlicher Sicht muss daraus geschlossen werden, dass die Voranmeldefrist im heutigen Umfang jedenfalls nach dieser Einschätzung nicht wirklich nötig und deshalb **unverhältnismässig** ist.
- 127 Als **Befund** ergibt sich, dass eine Voranmeldepflicht zwar eine Ungleichbehandlung von Unternehmen wegen der Staatsangehörigkeit darstellt, wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Situationen aber nicht ohne Weiteres zu einer Diskriminierung führt. Eine solche liegt nur dann vor, wenn die Länge der Voranmeldung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Unterschieden besteht. Dies dürfte bei der heutigen fixen Dauer der Wartefrist bzw. des Arbeitsverbots von 8 Tagen der Fall sein: Sie ist länger, als es aus technischer Sicht nötig ist. Damit ist die 8-Tage-Regel weder mit dem Diskriminierungsverbot des FZA noch mit jenem der EFTA-Konvention vereinbar.

⁷² Zu dieser Rechtsprechung Pärli (Fn. 63), Art. 6 EntsG, Rz. 36 ff., sowie Epiney/Zbinden (Fn. 39), 31 ff.

⁷³ Abklärungen von Rafael Cornaval, Leiter Leiter IT an der École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL), gemäss Medienberichterstattung, siehe z.B. '8-Tage-Regel fürs 21. Jahrhundert. Die ETH Lausanne macht im Auftrag des Bundes Vorschläge für eine Verkürzung der Voranmeldefrist', NZZ vom 18. August 2018.

3. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie 96/71: die schweizerische Kautionspflicht

a. Die schweizerische Kautionspflicht

- 128 Art. 2 Abs. 2ter EntsG sieht vor, dass dort, wo allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (GAV) im Zusammenhang mit der Sicherstellung von Lohnansprüchen Beiträge an Ausgleichskassen oder vergleichbare Einrichtungen (**sog. Kautionen**) vorsehen, diese Bestimmungen auch für Entsendebetriebe gelten.
- 129 Die Kautionspflicht dient somit der **Sicherung der Vertragseinhaltung** und damit letztlich auch dem Arbeitsschutz. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang auf eine erhebliche Vollzugsproblematik gegenüber ausländischen Betrieben hingewiesen (BGE 2C_111/2010 E. 2.5).

b. Relevantes EFTA-Recht

- 130 Auch hier geht es, europarechtlich gedacht, um die Absicherung der Verpflichtungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 3 der Entsenderichtlinie 96/71 und somit um eine **verwaltungsrechtliche Nebenbestimmung**, die deshalb ausserhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie liegt. Auch hier stellt sich deshalb die Frage nach der Einhaltung der **allgemeinen Vorgaben** des EFTA-Rechts, also des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 in der Anlage 1 zum Anhang K zur EFTA-Konvention sowie allenfalls der Stillhalteverpflichtung nach Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention.

c. Anwendung auf die Kautionspflicht

- 131 Im Unterschied zur oben behandelten 8-Tage-Regel gilt die Kautionspflicht für inländische und ausländische Arbeitgeber gleichermassen. Die Zentrale Kautions-Verwaltungsstelle Schweiz schreibt hierzu auf ihrer Website als Antwort auf die Frage «Warum müssen in der Schweiz domizilierte Betriebe ebenfalls eine GAV-Kaution stellen?» Folgendes:⁷⁴
- «Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union (EU) über die Personenfreizügigkeit lässt es nicht zu, einseitig nur ausländische Entsende-Betriebe der GAV-Kautionspflicht zu unterstellen. Deshalb mussten die GAV-Vertragsparteien in ihren Gesamtarbeitsverträgen auch die inländische[n] Betriebe/Arbeitgeber der GAV-Kautionspflicht unterstellen (Gleichbehandlungsgebot).»
- 132 In der schweizerischen Lehre geht z.P. Pärli⁷⁵ angesichts der Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen arbeitgebenden Unternehmen davon aus, dass die Kautionspflicht mit dem FZA Schweiz-EU grundsätzlich vereinbar ist. Tatsächlich kann angesichts der gesetzlichen Gleichbehandlung eine **direkte Diskriminierung** wegen der Staatsangehörigkeit **ausgeschlossen** werden.
- 133 Epiney/Zbinden⁷⁶ analysieren die Kautionspflicht im Rahmen des von ihnen postulierten, über das Diskriminierungsverbot hinausgehenden **Beschränkungsverbots** (siehe oben B.III.3.). Dieses erachten sie als durch die Kautionspflicht *prima facie* verletzt, gehen aber gleichzeitig davon aus, dass dies durch das Anliegen der

⁷⁴ Siehe <http://www.zkvs.ch/fragen>.

⁷⁵ Siehe Pärli (Fn. 63), Art. 2 EntsG, Rz. 38.

⁷⁶ Epiney/Zbinden (Fn. 39), S. 22 sowie 41 f.

Durchsetzung von sich aus dem Gesetz oder Gesamtarbeitsverträgen ergebenden Forderungen (also letztlich dem Arbeitsschutz) gerechtfertigt werden kann. Umgekehrt geht die Verfasserin der vorliegenden Studie davon aus, dass das FZA Schweiz-EU und die EFTA-Konvention in den Kernbestimmungen zur Freizügigkeit nach heutigem Stand der Rechtsprechung eher kein Beschränkungsverbot umfassen.

- 134 Stattdessen sollte nach der hier vertretenen Auffassung eine allfällige **indirekte Diskriminierung** wegen der Staatsangehörigkeit in Betracht gezogen werden. Sie könnte sich **im Verhältnis zu den EU-Staaten daraus ergeben**, dass sich eine einheitliche Höhe der Kautions auf dem Niveau der schweizerischen Hochlohn- und Hochpreisstandards angesichts des in der EU im Allgemeinen tieferen Kosten- und Lohnniveaus auf ausländische Betriebe zusätzlich erschwerend auswirken könnte (zu dem für das EFTA-Recht relevanten Verhältnis zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten siehe etwas weiter unten in diesem Abschnitt).
- 135 Auch hier würde dann aber grundsätzlich die Möglichkeit einer **objektiven Rechtfertigung im Interesse des Arbeitsschutzes** bestehen. In diesem Zusammenhang ist die EuGH-Entscheidung *Pastors*⁷⁷ (Rz. 15 ff.) instruktiv, obwohl sie nicht spezifisch die Entsendung betrifft. Der Fall betraf die Pflicht von nicht in Belgien wohnhaften Personen zur Entrichtung eines Geldbetrages als Sicherheit im Zusammenhang mit Verstössen gegen das Strassenverkehrsrecht. Nicht in Belgien wohnhafte Personen mussten keine Sicherheit leisten. Der EuGH wertete die Ungleichbehandlung aufgrund des Wohnsitzes als Ungleichbehandlung, die indirekt auf der Staatsangehörigkeit beruht (*prima facie* indirekte Diskriminierung). Zugleich anerkannte er aber die reelle Gefahr, dass ein gegen einen Gebietsfremden ergangenes Urteil nicht oder zumindest nur sehr viel schwerer und unter höheren Kosten vollstreckt werden kann. Aus diesem Grund kann laut dem EuGH eine unterschiedliche Behandlung gebietsansässiger und gebietsfremder Betroffener gerechtfertigt sein.
- 136 Auch hier gilt dann aber der Vorbehalt der **Verhältnismässigkeit**, u.a. mit Bezug auf den Betrag der Sicherheitsleistung. Im Fall *Pastors* erachtete der EuGH die Regelung als übermässig, weil der fragliche Geldbetrag den zur Erledigung des Strafverfahrens zu zahlenden Betrag um 50 % überstieg und zudem für jede einzelne, dem Betroffenen zur Last gelegte Zuwiderhandlung verlangt wurde, obwohl alle zusammen zu einem einheitlichen Verfahren gegen den Betroffenen führten. Inwiefern dies auf die Kautionspflicht übertragen werden kann, hängt vom faktischen Verhältnis der in einem GAV vorgesehenen Kautions und den zu sichernden (Lohn-)Kosten ab, was im Rahmen der vorliegenden, rechtlichen Studie nicht beurteilt werden kann.

Im Sinne eines knappen Exkurses sei bemerkt, dass das Argument der Vollzugsschwierigkeiten durch das neue EU-Entsenderecht (das allerdings bisher weder Teil des FZA noch des EFTA-Rechts ist) stark relativiert wird. Wie Zurkinden/Lauterburg⁷⁸ ausführen, schreibt die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 vor, «dass die zuständige Behörde in demjenigen Mitgliedstaat, in dem der fehlbare Dienstleistungserbringer ansässig ist, "die Beitreibung einer Verwaltungssanktion und/oder Geldbusse" vornimmt, wobei sie dies nur verweigern kann, wenn das Gesuch um Durchsetzung der Massnahme unvollständig ist oder offenkundig nicht mit dem ihm zugrundeliegenden Entscheid übereinstimmt. Dieser Aspekt wurde deshalb in die Durchsetzungsrichtlinie aufgenommen, weil die grenzüberschreitende Durchsetzung der Massnahmen mangels eines gemeinsamen Instruments für die gegenseitige Anerkennung und Durchsetzung zu Problemen führte.»

- 137 Die vorstehende Analyse betrifft das Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten im Rahmen des FZA Schweiz-EU. Sie kann nach der hier vertretenen

⁷⁷ EuGH, Rs. C-29/95 *Eckehard Pastors und Trans-Cap GmbH gegen Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1997:28.

⁷⁸ Zurkinden/Lauterburg (Fn. 69), S. 24.

Einschätzung indessen **nicht ohne Weiteres auf das EFTA-Recht bzw. das Verhältnis zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten übertragen** werden, weil zumindest zwei davon (nämlich Liechtenstein und Norwegen) ebenfalls Hochpreis- und Hochlohnländer sind. In diesem Rahmen kann deshalb nicht argumentiert werden, die Höhe der Kautions führe indirekt zu einer Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit.

- 138 Als Befund ergibt sich, dass im Verhältnis zu den EU-Staaten möglicherweise mit einer indirekten Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit argumentiert werden kann, dass dies aber jedenfalls im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein nicht überzeugt.
- 139 Als **Alternative** könnte eine Argumentation mit der **Stillhalteverpflichtung** nach Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention erwogen werden. Da die Bestimmung über die Kautionspflicht erst im Jahr 2004 in das Gesetz eingefügt wurde und seit dem 1. April 2006 in Kraft steht,⁷⁹ stellt sie eine «neue» **Massnahme** im Sinne von Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention dar. Zudem betrifft sich (u.a.) dienstleistende **Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten**.
- 140 Da die Kautionspflicht indessen in der vorliegenden Studie im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein als nicht diskriminierend eingestuft wird, müsste hier mit einem **weiten Verständnis des Begriffs der Beschränkungen** für Staatsangehörige der anderen Mitgliedstaaten nach Art. 13 im Anhang K zur EFTA-Konvention argumentiert werden, das über ein blosses Diskriminierungsverbot hinausgeht (dazu oben B.III.3.).
- 141 Eine Beschränkung in diesem weiteren Sinne liegt hier vor. Als nächster Schritt müsste aber auch im Rahmen der Stillhalteverpflichtung untersucht werden, ob eine objektive Rechtfertigung vorliegt und ob die Massnahme als verhältnismässig eingestuft werden kann – dazu kann auf das oben im Zusammenhang mit der Frage einer Diskriminierung Ausgeführte verwiesen werden.
- 142 Als **Befund** ergibt sich, dass die Kautionspflicht aus rechtlicher Sicht vermutlich keine Verletzung der EFTA-Konvention darstellt. Wie erwähnt, wird sie in der Praxis von den liechtensteinischen Unternehmen auch nicht wirklich als Problem empfunden (siehe oben C.IV.1.).

4. Im Anwendungsbereich der Entsenderrichtlinie 96/71: die schweizerische Dienstleistungssperre als Sanktion für Gesetzesverstösse

a. Die schweizerische Dienstleistungssperre

- 143 Die Schweizer Entsendegesetzgebung sieht für die Nichtbeachtung ihrer Vorschriften bestimmte Folgen vor. Die **Dienstleistungssperre** erscheint in Art. 9 Abs. 2 Buchst. b EntsG im Zusammenhang mit den verwaltungsrechtlichen Sanktionen. Danach besteht die Sanktion für Verstösse gegen Art. 2 EntsG über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen entweder in einer verwaltungsrechtlichen Busse («Belastung durch einen Betrag bis 30 000 Franken») oder aber darin, dass den betreffenden Unternehmen verboten wird, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz ihre Dienste anzubieten.

⁷⁹ Eingefügt durch Art. 2 Ziff. 5 des Bundesbeschlusses vom 17. Dez. 2004 über die Genehmigung und Umsetzung des Prot. über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, AS 2006 979.

144 Geringfügige Verstösse führen nicht zur einer Dienstleistungssperre. Diese gelangt vielmehr nur in schweren Fällen zur Anwendung (vgl. BGE 140 II 447 E. 4.6). Bei einem besonders schwerwiegenden Verstoß gegen Art. 2 EntsG können nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. c EntsG auch kumulativ eine Busse und eine Dienstleistungssperre ausgesprochen werden.

b. Relevantes EFTA-Recht und seine Auslegung in der Rechtsprechung

145 Wie bereits erwähnt, schreibt Art. 5 der Entsenderichtlinie 96/71 vor, dass die Staaten für den Fall der Nichteinhaltung der Vorschriften der Richtlinie «**geeignete Massnahmen**» und «**geeignete Verfahren**» vorsehen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Dienstleistungssperre des Schweizer Rechts eine geeignete Massnahme darstellt

146 Die Europäische Kommission⁸⁰ hat bereits im Jahr 2007 in einer Mitteilung zur Entsendung festgehalten, dass Präventivmassnahmen und geeignete Sanktionen notwendig sind zur Bekämpfung von Gesetzesbrüchen, und dabei die Wichtigkeit der Verhältnismässigkeit betont.

147 Anders als bei den beiden vorherigen Beispielen besteht zum Begriff der Eignung nach Art. 5 der Entsenderichtlinie 96/71 Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Bundesgerichts, wenn auch nicht spezifisch zum EFTA-Recht, sondern vielmehr zum EU-Recht und zum FZA.

i. EuGH zum EU-Recht

148 Im Rahmen des EU-Rechts hat sich der EuGH in der Entscheidung *Wolf & Müller*⁸¹ (Rz. 30) zum Begriff der Eignung nach Art. 5 der Entsenderichtlinie 96/71 geäussert. Danach verfügen die Staaten im Rahmen von Art. 5 über ein **weites Ermessen**, müssen dabei aber «jederzeit die vom Vertrag gewährleisteten **Grundfreiheiten beachten**» (gemeint ist heute der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV, der die materiellen Grundregeln der EU u.a. im Bereich des Binnenmarktes enthält).

149 Aus rechtstechnischer Sicht ist die Feststellung wesentlich, dass dieser Rückgriff auf die Grundfreiheiten des Vertrags *innerhalb* des Rahmens von Art. 5 der Richtlinie erfolgt. Er ist der Offenheit des Begriffes der Eignung geschuldet.

ii. Schweizerisches Bundesgericht zum FZA

150 Das Bundesgericht hat sich in BGE 140 II 447 im Rahmen des Entsenderechtes des FZA Schweiz-EU zur Auslegung von Art. 5 der Richtlinie 96/71 geäussert. Dieser Entscheid ist in der Schweizer Literatur als Meilenstein zum Schweizer Entsenderecht bezeichnet worden.⁸²

151 Das Bundesgericht bezieht sich dabei u.a. auf die oben erwähnte EuGH-Entscheidung *Wolf & Müller* und erwähnt dieselben Vorgaben, insbes. den **Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Diskriminierungsverbot** (BGE 140 II 447, E. 4.4: «i principi fondamentali del diritto comunitario, di cui fanno parte il principio della proporzionalità e il divieto di discriminazione») – gemeint ist offensichtlich das Verbot

⁸⁰ Mitteilung der Kommission vom 13. Juni 2007 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, KOM (2007)304 endgültig, S. 7.

⁸¹ EuGH, Rs. C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG gegen José Filipe Pereira Félix*, ECLI:EU:C:2004:610.

⁸² Pärli (Fn. 63), Art. 9 EntsG, Rz. 66.

der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, wie es für das Verhältnis Schweiz-EU in Art. 19 Anhang I FZA für die Erbringung von Dienstleistungen niedergelegt ist.

- 152 Zum Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verweist das Bundesgericht in BGE 140 II 447 auf ältere EuGH-Rechtsprechung zur Entsendung aus der Zeit von vor der Richtlinie 96/71. Wie bereits erwähnt, erfordert der Grundsatz, dass die getroffene Massnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht weiter geht, als dazu erforderlich ist («a condizione che l'applicazione di detti mezzi nei confronti dei prestatori di servizi fosse idonea a raggiungere lo scopo perseguito e non andasse oltre a quanto necessario a tal fine»; BGE 140 II 447 E. 4.4).

c. Anwendung auf die Dienstleistungssperre

- 153 Das Schweizerische Bundesgericht äussert sich in der erwähnten Entscheidung BGE 140 II 447 weiter zu der im Schweizer Recht vorgesehenen Dienstleistungssperre im Lichte der erwähnten Vorgaben des FZA Schweiz-EU gemäss Art. 5 der Richtlinie 96/71.
- 154 Das klagende Unternehmen hatte vorgebracht, dass das Schweizer Recht für Schweizer Unternehmen, welche die Arbeitsgesetzgebung missachten, nicht dieselben Sanktionen vorsehe wie für ausländische Entsendebetriebe. Laut dem Bundesgericht sind die beiden Situationen aber nicht vergleichbar, weil ausländische Unternehmen nur bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr in der Schweiz Dienstleistungen erbringen können, währenddem die Schweizer Unternehmen dauerhaft im Land tätig sind, und zudem Sanktionen gegen inländische Unternehmen einfacher durchsetzbar sind. Auch für inländische Unternehmen bestehen Sanktionen, wenn auch anderer Art. Insgesamt befindet das Bundesgericht, dass das Gesetz die beiden Kategorien von Dienstleistenden wenn auch nicht mit den gleichen Massnahmen, so doch mit der gleichen Strenge und mit vergleichbaren Wirkungen trifft. Das Bundesgericht erachtet deshalb die Beschränkung der Dienstleistungssperre auf ausländische Dienstleistende, die dem Anwendungsbereich des FZA unterstehen, als mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar (BGE 140 II 447. E. 5.5 f.).⁸³
- 155 Laut Pärli⁸⁴ hat das Bundesgericht hier im Sinne der fehlenden Vergleichbarkeit der Situation der inländischen und der ausländischen Unternehmen entschieden und eine Diskriminierung aus diesem Grund abgelehnt.
- 156 In seiner späteren Rechtsprechung äussert sich das Bundesgericht weiter zur Frage, wann ein schwerer Verstoss gegen Art. 2 EntsG vorliegt, der die Verhängung einer Dienstleistungssperre statt einer Busse rechtfertigt. In BGE 2C_150/2016 entschied das Bundesgericht, dass ein schwerer Fall auch bei einem einmaligen Verstoss erfüllt sein kann. Aus dem Blickwinkel des FZA geht es hier um die **Verhältnismässigkeit** sowie um den **Abschreckungszweck bzw. die Wirksamkeit der Sanktion**.
- 157 BGE 2C_150/2016 betraf eine Dienstleistungssperre von einem Jahr für einen, wie erwähnt, einmaligen Verstoss gegen die Schweizer Entsendegesetzgebung. Das Bundesgericht stufte den Fall als schwer ein, weil das entsendende Unternehmen die Verletzung von Art. 2 EntsG – offenbar bewusst – in Kauf genommen hatte. Das Unternehmen brachte u.a. vor, die Nichteinhaltung der höchstzulässigen Arbeitszeit sei zur Einhaltung des Liefertermins notwendig gewesen. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass unter den gegebenen Umständen die Einhaltung der

⁸³ Das Bundesgericht bezieht sich hier auf die übergeordnete Bestimmung von Art. 2 FZA.

⁸⁴ Pärli (Fn. 63), Art. 9 EntsG, Rz. 69.

- Höchstleistungszeitvorschriften und des Sonntagsarbeitsverbots zum Vornherein erkennbar ausgeschlossen war.
- 158 Zur Wirksamkeit der Sanktion bemerkt das Bundesgericht, dass mit Sanktionen der Einhaltung der gemäss Art. 2 EntsG im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes Nachachtung verschafft werden soll. Eine Busse allein verfügt laut dem Bundesgericht nicht über die erforderliche abschreckende Wirkung, weil sie in das für den Arbeitseinsatz geleistete Entgelt eingerechnet und als preiserhöhendes Element hingenommen werden könnte. Das Bundesgericht erachtet deshalb die Dienstleistungssperre von einem Jahr als eine zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignete und den Umständen angepasste, verhältnismässige Massnahme (BGE 2C_150/2016 E. 4.2.2).
- 159 Mangels spezifischer Rechtsprechung ist **offen, ob der EuGH** mit Bezug auf eine Massnahme wie die Schweizer Dienstleistungssperre gleich wie das Schweizerische Bundesgericht entscheiden würde – der oben erwähnte Fall *Wolf & Müller* betraf eine anders geartete Massnahme, nämlich eine Bürgenhaftung. Zudem handelte sich verfahrensrechtlich um eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV, in deren Rahmen es der Gerichtshof dem mitgliedstaatlichen Gericht überliess festzustellen, ob die fragliche Massnahme den Vorgaben der Bestimmungen über die Erbringung von Dienstleistungen genüge (*Wolf & Müller*, Rz. 33).
- 160 Zwei Elemente in der allgemeineren EuGH-Rechtsprechung weisen aber darauf hin, dass der EuGH **die Stossrichtung des Schweizer Bundesgerichts bejahen dürfte**. Zum einen gilt auch in der EU, dass die Sanktionen für inländische und ausländische Fälle nicht identisch sein müssen, so lange das betreffende Problem in beiden Fällen wirklich angegangen wird.⁸⁵ Zum andern gilt in der EU der Grundsatz, dass Sanktionen für Rechtsverletzungen wirksam, abschreckend und verhältnismässig sein müssen.⁸⁶ Der abschreckende Zweck einer Sanktion ist insofern anerkannt, muss aber mit der Verhältnismässigkeit vereinbart werden, was nicht zuletzt nach den Umständen des konkreten Falles beurteilt werden muss.
- 161 Als **Befund** ergibt sich somit, dass eine Dienstleistungssperre nach heutigem FZA und damit auch dem EFTA-Recht grundsätzlich eine zulässige Sanktion sein kann, dass ihre Anwendung im konkreten Fall aber den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen muss.

V. Gesamtbefund und Durchsetzbarkeit

- 162 Zusammengefasst ergibt sich mit Bezug auf die oben beispielhaft besprochenen flankierenden Massnahmen, dass nach der hier vertretenen Einschätzung im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein **für mindestens eine dieser Massnahmen, nämlich die 8-Tage-Regel, davon ausgegangen werden muss, dass sie geltendes EFTA-Recht verletzt**. Bei der Dienstleistungssperre ist dies möglicherweise der Fall, bei der Kautionspflicht aber im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein eher nicht.
- 163 Die **rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten sind allerdings begrenzt**.

⁸⁵ Vgl. hierzu etwa Verb. Rs. 115 und 116/81 *Rezguia Adoui gegen Belgischen Staat und Stadt Lüttich und Dominique Cornuaille gegen Belgischen Staat*, ECLI:EU:C:1982:183, Rz. 8.

⁸⁶ Dazu etwa Christa Tobler, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law. Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination (für die Europäische Kommission), Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2005, mit weiteren Hinweisen.

- 164 Gegenüber schweizerischen Massnahmen, die in der Schweiz angewendet werden, müssen **Einzelne und Unternehmen** in aller Regel vor den **Schweizer Gerichten** klagen. Es ist ungewiss, ob diese und insbes. das Bundesgericht der hier vertretenen Argumentation folgen würden. Für die Dienstleistungssperre, zu welcher bereits bundesgerichtliche Rechtsprechung vorliegt, wenn auch nur zum FZA, ist sogar eher anzunehmen, dass das Bundesgericht im Rahmen des EFTA-Rechts gleich entscheiden und somit keine Verletzung des EFTA-Rechts feststellen würde.
- 165 Für die **zwischenstaatliche Ebene** sieht die EFTA-Konvention ein Streitbeilegungsverfahren vor. Nach Art. 43 Abs. 1 Buchst. h EFTA ist es vorab die Aufgabe des **EFTA-Rats**, sich im Rahmen von **Konsultationen** um die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung und der Anwendbarkeit dieses Übereinkommens zu bemühen (siehe auch Art. 47 EFTA). Gemäss Art. 43 Abs. 5 EFTA entscheidet der Rat in solchen Fällen einstimmig (bzw. ist zur Streitbeilegung Konsens erforderlich).
- 166 Kann die Streitigkeit nicht im Rahmen solcher Konsultationen beigelegt werden, so sieht Art. 48 EFTA als weitere Stufe ein **Schiedsverfahren** vor, dessen Einzelheiten im Anhang T zur EFTA-Konvention geregelt sind. Der Schiedsspruch ist endgültig und für die an der Streitsache beteiligten Mitgliedstaatsparteien verbindlich.
- 167 Ob in der Praxis der zwischenstaatlichen Beziehungen ein rechtliches Verfahren in Anspruch genommen wird, ist eine politische Entscheidung.

D. Zweite Frage: «Kann bei der Anwendung des revidierten EU-Entsenderechts auf faktische, länderspezifische Besonderheiten Rücksicht genommen werden?»

I. Änderungen im anwendbaren Recht

- 168 Die Richtlinie 2014/67 hat im EU-Entsenderecht zu einer Verschiebung mit Bezug auf das anwendbare Recht geführt, welche für die schweizerischen flankierenden Massnahmen relevant ist.

Im Anwendungsbereich der <i>revidierten</i> Richtlinie 96/71 (Fassung nach der Änderung durch die Richtlinie 2018/957)	Im Anwendungsbereich der <i>Durchsetzungsrichtlinie 2014/67</i> (statt wie bisher Anwendung der allgemeinen Vorgaben der EFTA-Konvention)
Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, für welche gemäss den Vorgaben der Richtlinie das Recht des Aufnahmestaates gilt (abschliessende Liste in Art. 3 Abs. 1)	Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen mit Blick auf die Einhaltung der Vorgaben der Entsenderichtlinie 96/71: Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen
Weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Art. 3 Abs. 10)	
Sanktionen für Verstösse gegen Art. 3 (Art. 5)	Sanktionen für Verstösse gegen die Richtlinie 2014/67

II. Wesentliche Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67

1. Neue Vorgaben für Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen

- 169 Die Richtlinie 2014/67 betrifft gemäss ihrem Titel ausdrücklich die **Durchsetzung der Entsenderichtlinie 96/71**. Sie will sicherstellen, dass die von den EU- Mitgliedstaaten im Rahmen der Entsenderichtlinie vorgesehenen Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen gerechtfertigt und verhältnismässig sind, damit kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, das Beschäftigungspotenzial insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen nicht eingeschränkt wird und zugleich die entsandten Arbeitskräfte geschützt werden.
- 170 Damit ist die Regelung dieser Materie **integrationstechnisch auf eine höhere Ebene gehoben** worden, nämlich weg von den allgemeinen Regeln des AEUV (bzw. für den EWR: des EWR-Abkommens; für die EFTA: der EFTA-Konvention und für das bilaterale Recht Schweiz-EU: des FZA) hin zu konkreterem Sekundärrecht.
- 171 Was die **inhaltlichen Vorgaben** anbelangt, ist die Regelung in der Durchsetzungsrichtlinie nur punktuell sehr konkret; für andere Bereiche bleibt sie den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit verhaftet. Die Richtlinie führt somit nicht zu einer umfassenden Konkretisierung der Materie, sondern belässt den Staaten weiterhin gewisse Spielräume (dazu unten D.II.).
- 172 Dies zeigt sich gerade im Zusammenhang mit den **Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen**. Hierzu enthält die Richtlinie 2014/67 einerseits einen allgemeinen Grundsatz und andererseits konkrete Regelungen für ausgewählte, spezifische Fälle.
- 173 Der **allgemeine Grundsatz** ist in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2014/67 statuiert:
- «Die Mitgliedstaaten dürfen nur die Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben, die notwendig sind, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus dieser Richtlinie und der Richtlinie 96/71/EG erwachsen, zu gewährleisten, vorausgesetzt, sie sind im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismässig.»
- 174 Entscheidend sind damit auf dieser allgemeinen Ebene die folgenden Vorgaben:
- Die Massnahme ist notwendig für die wirksame Überwachung der sich aus den Richtlinien 96/17 und 2014/67 ergebenden Pflichten.
 - Die Massnahme verfolgt ein legitimes Ziel.
 - Die Massnahme ist verhältnismässig.
- 175 Die Erw. 6 in der Präambel zur Durchsetzungsrichtlinie hält hierzu fest, dass zwar «die Bewertung der als Anhaltspunkte dienenden tatsächlichen Umstände an den jeweiligen Einzelfall angepasst werden und den Besonderheiten des Sachverhalts Rechnung tragen sollte», dass aber zugleich «die zuständigen Behörden in den einzelnen Mitgliedstaaten bei Sachverhalten, bei denen die gleichen tatsächlichen Umstände vorliegen, nicht zu einer unterschiedlichen rechtlichen Würdigung oder Bewertung kommen» sollten. Darin kommt – einmal mehr – der klassische Gleichbehandlungsgrundsatz zum Ausdruck.
- 176 Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2014/67 enthält weiter eine **Liste mit Beispielen** von Anforderungen und Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten vorsehen können («Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten insbesondere folgende Massnahmen vorsehen: [...]»). Epiney/Hehemann⁸⁷ halten angesichts des Beispielcharakters der

⁸⁷ Epiney/Hehemann (Fn. 70), Rz. 13.

Liste fest, dass die Mitgliedstaaten auch andere und strengere Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben können, solange diese der wirksamen Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus der Entsenderichtlinie erwachsen, dienlich sowie gerechtfertigt und verhältnismässig sind.

- 177 Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2014/67 bestätigt denn auch, dass je nach der Situation im betreffenden Land **weitere Massnahmen** möglich sind:

«Die Mitgliedstaaten können weitere Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen vorschreiben, falls sich angesichts einer Sachlage oder neuer Entwicklungen abzeichnet, dass die bestehenden Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen nicht ausreichend oder effizient genug sind, um die wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus der Richtlinie 96/71/EG und dieser Richtlinie erwachsen, zu gewährleisten, sofern diese gerechtfertigt und verhältnismässig sind.»

- 178 Zugleich enthält die erwähnte Liste in Art. 9 Abs. 1 **gewisse konkrete, inhaltliche Anforderungen für einzelne Arten von Massnahmen**. Hierin liegen Elemente einer eigentlichen Harmonisierung.

- 179 Mit Blick auf die oben besprochenen, schweizerischen flankierenden Massnahmen ist dies für die 8-Tage-Regel relevant. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2014/67 nennt als mögliche Massnahme eine **Meldepflicht**, die wie folgt umschrieben wird:

«die Pflicht des in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers zur Abgabe einer einfachen Erklärung gegenüber den zuständigen nationalen Behörden spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung in (einer) der Amtssprache(n) des Aufnahmemitgliedstaats oder in (einer) anderen von dem Aufnahmemitgliedstaat akzeptierten Sprache(n), die die einschlägigen Informationen enthält, die eine Kontrolle der Sachlage am Arbeitsplatz erlauben [...]»

- 180 Daraus ergibt sich, dass innerhalb der EU nach heutigem Recht eine Meldepflicht **zwar ausdrücklich erlaubt**, eine Voranmeldung verbunden mit einem **mehrtägigen Arbeitsverbot aber ebenso ausdrücklich unzulässig** ist. Vielmehr muss es möglich sein, bis «spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung», also bis am Tag der Arbeitsaufnahme selber, Meldung zu machen.

- 181 Weiter verpflichtet die Richtlinie die Staaten, die Durchsetzung der Richtlinie 96/71 durch Behörden oder sog. Verbindungsbüros sicherzustellen (Art. 3 f.). Art. 5 betrifft den Zugang zu den Informationen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäss Art. 3 der Richtlinie 96/71, um zu gewährleisten, dass die zuständigen Stellen in der Lage sind, ihre Aufgaben wirksam zu erfüllen. Die Art. 6 ff. regeln die Verwaltungszusammenarbeit. Art. 10 der Richtlinie 2014/67 betrifft Überprüfungen und Kontrollen, die nicht diskriminieren und/oder unverhältnismässig sein dürfen. Die Art. 11 ff. betreffen die Durchsetzung (gemeint ist: der Durchsetzungsrichtlinie selber), darunter insbes. den Rechtsschutz der Arbeitskräfte, sowie die grenzüberschreitende Durchsetzung von finanziellen Verwaltungssanktionen und/oder Geldbussen. Art. 21 hält fest, dass die Verwaltungszusammenarbeit und die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch das im Rahmen der Verordnung 1024/2012⁸⁸ eingerichtete Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) erfolgt.

⁸⁸ Verordnung 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems und zur Aufhebung der Entscheidung 2008/49/EG der Kommission („IMI-Verordnung“). ABl. 2012 L 316/1.

2. Vorgaben für Sanktionen

182 Schliesslich betrifft Art. 20 die Sanktionen. Er ist gemäss dem heute allgemein geltenden EU-Standard formuliert und verlangt deshalb **wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen**:

«Die Mitgliedstaaten legen Vorschriften über die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen anzuwenden sind, und ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen, um die Durchführung und Einhaltung dieser Vorschriften zu gewährleisten. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die entsprechenden Bestimmungen spätestens bis zum 18. Juni 2016 mit. Sie teilen etwaige spätere Änderungen der Bestimmungen unverzüglich mit.»

183 Diese Bestimmung spiegelt den oben erwähnten, **modernen EU-Standard** mit Bezug auf Sanktionen, fügt aber im Vergleich zu Art. 5 der Richtlinie 96/71 inhaltlich wohl nichts Neues hinzu, weil bereits dort via die Rechtsprechung dieselben Grundsätze gelten.

III. Besteht Spielraum für die Berücksichtigung faktischer, länderspezifischer Besonderheiten?

1. Einführende Bemerkungen

184 Wie bereits erwähnt, sieht die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 mit Bezug auf die Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen keine umfassende Konkretisierung oder Harmonisierung vor.

185 Insofern **können unterschiedliche Staaten** mit Blick auf die Entsendung klarerweise unterschiedliche Anforderungen und Massnahmen vorsehen und dabei **die spezifische Situation in ihrem eigenen Gebiet in unterschiedlicher Weise berücksichtigen**. So kommt z.B. in einem Hochlohnland Kontrollmassnahmen mit Bezug auf den Mindestlohn offensichtlich eine besondere Bedeutung zu.

186 Weiter ergibt sich aus Art. 10 der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67, dass bei der Durchführung von Kontrollen auf dem eigenen Territorium ein **risikobasierter Ansatz** verfolgt werden kann, wobei auch **geographische Elemente** eine Rolle spielen können:

«Unbeschadet der Möglichkeit der Durchführung von Zufallskontrollen basieren diese Prüfungen in erster Linie auf einer *Risikobewertung* durch die zuständigen Behörden. Bei dieser Risikobewertung können die Tätigkeitsbereiche ermittelt werden, in denen sich die Beschäftigung von im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet konzentriert. Dabei können insbesondere die Ausführung großer Infrastrukturprojekte, lange Unterauftragsketten, *geografische Nähe*, besondere Probleme und Bedürfnisse bestimmter Bereiche, Verstöße gegen die Vorschriften in der Vergangenheit sowie die Gefährdung bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern berücksichtigt werden.» (Hervorhebungen durch die Autorin)

187 Fraglich ist aber, **ob ein Staat gegenüber Entsendeunternehmen aus verschiedenen Entsendeländern unterschiedliche Massnahmen vorsehen darf**, etwa mit dem Argument, gegenüber diesen Ländern bestehe ein unterschiedlicher Grad der Notwendigkeit von Arbeitsschutzmassnahmen.

188 Es ist davon auszugehen, dass ein solches Argument **innerhalb der EU** nur schon politisch inakzeptabel ist. Zudem gilt hier der Rechtsgrundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 2 EUV, den die Union zu beachten hat. Dies gilt auch für die Sekundärgesetzgebung und die darin enthaltenen Vorgaben für die Mitgliedstaaten.

- 189 **Für andere Länder** kann die Richtlinie – wie erwähnt – im Rahmen eines Abkommens verbindlich sein, nämlich, wenn sie in den Rechtskorpus des relevanten Abkommens übernommen worden ist.
- 190 Die EFTA-Konventionen enthält keine Bestimmung, welche die grundsätzliche Gleichbehandlung aller EFTA-Staaten vorschreibt. Dennoch dürfte auch hier der Grundgedanke der sein, dass die verschiedenen Länder grundsätzlich gleich behandelt werden sollen. Zugleich zeigt die EFTA-Konvention, dass dies gewisse, **sachlich begründete Differenzierungen** nicht ausschliesst – zu nennen ist hier insbes. das bereits erwähnte Protokoll zu Anhang K betreffend den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und Liechtenstein, das auf die besondere Situation Liechtensteins hinweist und bestimmte Sonderregeln enthält.
- 191 Heute ist das neue EU-Entsenderecht **noch nicht Teil der für die Schweiz und Liechtenstein relevanten Abkommen** (FZA Schweiz-EU bzw. EFTA-Konvention). Für die Schweiz soll der Rahmen dafür mit dem bereits erwähnten institutionellen Abkommen geschaffen werden (siehe oben C.II.). Dabei besteht namentlich von gewerkschaftlicher Seite⁸⁹ her grundsätzlicher Widerstand gegenüber dem Einbezug der EU-Gesetzgebung zu den Arbeitsschutzmassnahmen in die Dynamisierung des Abkommens und v.a. auch in das erneuerte Streitbeilegungssystem, das dem EuGH unter bestimmten Umständen eine Auslegungsrolle zuweist.⁹⁰
- 192 Sollte das neue EU-Recht Teil des FZA werden, so **würde die EFTA im Interesse der angestrebten Parallelität mit diesem Abkommen wohl nachziehen**. Die folgenden Abschnitte umreissen vor diesem Hintergrund kurz die Lösung, welche der Entwurf des institutionellen Abkommens mit Bezug auf das neue EU-Recht vorsieht, um anschliessend daraus Folgerungen für die EFTA zu ziehen.

2. Übernahme des neuen Entsenderechts der EU nach dem Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU

- 193 Mit dem Institutionellen Abkommen (InstA) soll u.a. im Bereich des FZA die Homogenität mit dem EU-Recht besser verwirklicht werden. Allerdings zeigt gerade der Entwurf für ein solches Abkommen, dass dies **nicht bedeutet, dass alle Regelungen identisch sein müssen**. Vielmehr können Unterschiede in der Situation zu unterschiedlichen Regelungen führen, so dass auf der Ebene des Abkommens faktisch vom EU-Recht abgewichen wird.
- 194 So sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die Entsendung in die Schweiz **Sonderregeln** vor, welche innerhalb der EU für keinen der Mitgliedstaaten gelten, auch nicht für das Hochlohn- und Hochpreisland Luxemburg. Begründet wird dies mit **faktischen Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsmarktes**, welche im Vergleich zur EU auf rechtlichen Besonderheiten zurückgehen. Das «Protokoll über die anwendbaren Regeln zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarktes» verweist in diesem Zusammenhang auf die zeitliche Beschränkung der bewilligungsfreien, grenzüberschreitenden Dienstleistungen im FZA auf 90 Tage pro Kalenderjahr. Das Protokoll weist weiter darauf hin, dass wegen dieser rechtlichen

⁸⁹ Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB), Rahmenabkommen und FlaM: Die Position des SGB, SGB: Bern 13. März 2019, https://www.sgb.ch/fileadmin/user_upload/A_Bilder/Kampagnen/FlaM/190313_DL_SGB-Position_Rahmenabkommen_maerz19.pdf.

⁹⁰ Hierzu v.a. Benedikt Pirker, 'Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen', Jusletter 3. Juni 2019.

Besonderheit die tatsächliche Dauer der grenzüberschreitenden Dienstleistungen in der Regel sehr kurz ist – mit anderen Worten, es liegt auch faktisch eine Besonderheit vor.

195 Vor diesem Hintergrund sieht das Protokoll nun Folgendes vor:

- Erstens überführt die Schweiz das neue EU-Entsenderecht spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten des Institutionellen Abkommens in das Schweizer Recht.
- Zweitens wird die Schweiz ebenfalls spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten des Institutionellen Abkommens in das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) der EU aufgenommen; dieses System erleichtert die grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Staaten.
- Drittens gelten für die Parteien in drei Punkten besondere Vereinbarungen, nämlich (im Wortlaut):
 - «Die Schweiz darf für selbstständige Dienstleistungserbringer oder entsandte Arbeitnehmer auf ihrem Hoheitsgebiet eine Voranmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen anwenden, um in bestimmten Branchen auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse, die periodisch überprüft und angepasst wird, die nötigen Sachverhaltsabklärungen am Arbeitsplatz durchzuführen.
 - Die Schweiz darf von Dienstleistungserbringern, die bei einer früheren Erbringung von Dienstleistungen ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Vollzugsbehörden nicht nachgekommen sind, die Hinterlegung einer verhältnismässigen Kautions verlangen, bevor diese erneut Dienstleistungen erbringen können (in Branchen, die auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse bestimmt werden).
 - Zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit durch effiziente und risikobasierte Kontrollen darf die Schweiz von den selbstständigen Dienstleistungserbringern im Rahmen nachträglicher Kontrollen die Vorlage von Dokumenten verlangen, die eine wirksame Kontrolle erlauben (höchstens: gegebenenfalls Bestätigung der Anmeldung, Nachweis der Anmeldung bei den Sozialversicherungen als Selbständigerwerbender im Wohnsitzstaat, Nachweis des Vertragsverhältnisses).»

196 Dies bedeutet u.a., dass im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz **abweichend vom EU-Entsenderecht eine Voranmeldepflicht rechtmässig ist**, wenn auch in zeitlich reduziertem Umfang und nur in bestimmten Branchen, die mittels einer risikobasierten Analyse ermittelt werden sollen.

197 Mit anderen Worten, die EU teilt die Auffassung der Schweiz, dass in diesem speziellen Fall Massnahmen nötig sind, welche über das EU-Recht hinausgehen. Dies zeigt, dass in den Augen der EU vom EU-Recht abweichende Regeln möglich sind, wo besondere Umstände dies verlangen bzw. rechtfertigen, trotz des durch das Institutionelle Abkommen verfolgten Ziels der Homogenität.

3. Neues Entsenderecht und die EFTA

198 Auf der politischen Ebene möchte Liechtenstein erreichen, dass in seinem Verhältnis zur Schweiz beidseitig keine Arbeitsschutzmassnahmen wie die 8-Tage-Regel mehr angewendet werden bzw. dass diese Massnahmen wieder abgeschafft werden. Auf der rechtlichen Ebene wäre insofern das heute geltende EU-Recht für Liechtenstein günstig, lässt es doch eine Vorabanmeldung überhaupt nicht mehr zu (dazu oben D.II.).

199 Gleichzeitig strebt die EFTA-Konvention grundsätzlich eine **parallele Rechtslage mit dem FZA** an. Dies könnte dazu führen, dass in einem allfällig zukünftigen Verfahren zur Übernahme der Richtlinien 2014/67 und 2018/957 ins EFTA-Recht **die Schweiz auf eine ähnliche Sonderregelung dringt wie im Entwurf für das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU** – dies nicht zuletzt auch um zu verhindern, dass die Entsendung aus Liechtenstein in die Schweiz einfacher und damit attraktiver wird als die Entsendung aus einem EU-Mitgliedstaat.

- 200 Die Schweiz könnte dabei argumentieren, der rechtliche Rahmen der EFTA sei insofern derselbe wie im FZA, als beide Abkommen grenzüberschreitende Dienstleistungen nur bis 90 Tage pro Kalenderjahr zulassen. Sie könnte auch vorbringen, dass sich angesichts dieser Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs die Dienstleistungserbringer einer Vertragspartei, die eine Dienstleistung im Hoheitsgebiet der anderen Partei erbringen, in der Regel nur während eines kurzen Zeitraums in der Schweiz bzw. in Liechtenstein aufhalten (was sie allerdings für die Entsendung aus Liechtenstein mit Tatsachen belegen müsste, welche der Verfasserin des vorliegenden Textes nicht vorliegen).
- 201 Eine solche Lösung wäre **nicht im Sinne Liechtensteins**, weil so eine – wenn auch im Vergleich zum heutigen Recht kürzere und weniger breit angelegte – Voranmeldefrist zulässig bliebe.
- 202 Nach der hier vertretenen Auffassung könnte aber Liechtenstein seinerseits auf **Besonderheiten innerhalb der EFTA hinweisen, denen durch eine abweichende Regelung Rechnung getragen** werden sollte. Ein wesentliches Element hierbei sollte die Tatsache sein, dass zumindest Liechtenstein und Norwegen gleich wie die Schweiz Hochpreis- und Hochlohnländer sind, so dass die Gefahr eines faktisch niedrigeren Lohns für die entsandten Arbeitskräfte in der EFTA insgesamt geringer ist⁹¹ als im Verhältnis der Entsendung aus den EU-Staaten in die Schweiz.
- 203 Speziell zum Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz könnten weiter die insgesamt stärkere Verflochtenheit sowie die unmittelbare geographische Nähe ins Feld geführt werden. Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass gerade die unmittelbare geographische Nähe bei der Beurteilung der Zulässigkeit von gewissen Massnahmen eine Rolle spielen kann. Diese Rechtsprechung betrifft allerdings nicht verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen oder Sanktionen zum Arbeitsschutz, sondern die Arbeitsbedingungen an sich, konkret den Mindestlohn.⁹²
- 204 Die erwähnten Unterschiede erscheinen im vorliegenden Zusammenhang durchaus relevant und führen **aus rechtlicher Sicht** dazu, dass eine **angemessene Ungleichbehandlung nicht zur zulässig, sondern letztlich sogar geboten** ist. Mit anderen Worten: Wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Situation Schweiz-EU mit jener innerhalb der EFTA wäre gerade nicht Parallelität mit dem FZA anzustreben.
- 205 Die sich vor diesem Hintergrund ergebenden konkreten Handlungsmöglichkeiten werden nach der Behandlung der dritten Frage besprochen (siehe unten F.).

⁹¹ In einzelnen Branchen bestehen aber auch hier ungleiche Lohnverhältnisse, z.B. im Baugewerbe; siehe dazu die Informationen unter https://www.realisator.ch/gavs/gav/fl_baumeister_plaestergewerbe_de.pdf und https://www.realisator.ch/gavs/gav/lmv_bauhauptgewerbe_de.pdf.

⁹² In Rs. C-165/98 *André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SARL*, ECLI:EU:C:2001:162, Rz. 41, entschied der EuGH im Rahmen der primärrechtlichen Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit (also nicht zur Entsenderichtlinie), dass sich die an sich zulässige Anwendung der Mindestlohnvorschriften dann als unverhältnismässig erweisen kann, wenn es um Beschäftigte eines Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region geht, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als desjenigen erbringen müssen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat. Die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müssen in solchen Fällen feststellen, ob und, wenn ja, inwieweit, die der nationalen Mindestlohnvorschriften auf ein solches Unternehmen erforderlich und verhältnismässig ist, um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer sicherzustellen.

E. Dritte Frage: «Ermöglicht das Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zwischen den Staaten eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein bzw. wird eine solche durch das Diskriminierungsverbot im Abkommen der Schweiz mit der EU bzw. der EFTA verunmöglicht?»

I. Rolle des Diskriminierungsverbots in der EFTA-Konvention

206 Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit in der EFTA-Konvention einer Ungleichbehandlung dann nicht entgegensteht, wenn:

- Entweder nicht vergleichbare Situationen vorliegen und unterschiedliche Situation entsprechend dem Unterschied ungleich behandelt werden;
- Oder aber im Fall einer Anscheinsdiskriminierung ein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die getroffene Massnahme den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Genüge tun.

207 Die vorliegende Studie hat im Zusammenhang mit der zweiten Frage argumentiert, dass insbes. im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein **rechtlicher Spielraum für eine differenzierte Regelung** besteht. Dies stützt sich auf das Argument der fehlenden Vergleichbarkeit der zu regelnden Situationen.

208 Daraus ergibt sich, dass eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein durch das Diskriminierungsverbot des EFTA-Rechts **nicht verunmöglicht** wird.

II. Rolle des Diskriminierungsverbots im Abkommen der Schweiz mit der EU

209 Das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im FZA Schweiz-EU bindet nur die Vertragsparteien, also die Schweiz, die EU und ihre Mitgliedstaaten. Es ist deshalb **im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein nicht relevant**.

210 Zwar ist in der Schweiz manchmal die Rede davon, dass das FZA im Verhältnis zur Schweiz sowohl für EU- als auch für EFTA-Staatsangehörige gelte.⁹³ Wie das Schweizer Bundesgericht aber zutreffend festgehalten hat, gilt das FZA nicht für die EFTA-Staaten Island, Fürstentum Liechtenstein und Norwegen (BGE 136 V 244, E. 6.2.1 f.). Diese Staaten gehören stattdessen dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) an, der seinerseits im Verhältnis zur EU die Personenfreizügigkeit regelt (und zwar im Vergleich zum FZA Schweiz-EU und der EFTA-Konvention in umfassenderer Weise).

211 Daraus ergibt sich zugleich, dass eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein durch das Diskriminierungsverbot im FZA Schweiz-EU **nicht verunmöglicht** wird.

III. Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebots

212 Schliesslich stellt sich die Frage, was das Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zwischen den Staaten mit Blick auf eine allfällige Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein bedeutet.

⁹³ Diese Aussage findet sich z.T. sogar in der schweizerischen Rechtsprechung, z.B. Obergericht des Kantons Zürich, A. gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Urteil vom 22. August 2017, Ziff. 3.1. Ähnlich z.T. die Literatur, z.B. Fluor, der die EU- und EFTA-Staatsangehörigen zusammen und nur unter Nennung des FZA behandelt (wobei diese Dissertation nicht spezifisch europarechtlich ausgerichtet ist); Valentin Fluor, Die Entsendung des Arbeitnehmers in die Schweiz und nach China, Zürich: Hochschulschrift 2018, S. 46 ff.

213 Tatsächlich ist es so, dass es im allgemeinen Völkerrecht **keinen für alle Staaten gleichermaßen verbindlichen Grundsatz** gäbe, wonach ein Staat alle anderen Staaten die gleiche Behandlung zukommen lassen müsste.

214 Dementsprechend fehlt ein solcher Grundsatz z.B. auch im EU-Recht mit Bezug auf die auswärtigen Beziehungen. In der Entscheidung *Swiss International Air Lines*⁹⁴ (Rz. 23 ff.) hielt der EuGH hierzu in illustrativer Weise Folgendes fest:

«Die Gestaltung der auswärtigen Beziehungen erfolgt [...] über ein breites Spektrum von Maßnahmen, die sich nicht auf Maßnahmen gegenüber allen Drittländern beschränken, und kann somit auch ein oder mehrere Drittländer betreffen.

Die Organe und Einrichtungen der Union verfügen bei der Gestaltung der auswärtigen Beziehungen über eine große Bandbreite politischer Entscheidungsbefugnisse. Die Gestaltung der auswärtigen Beziehungen impliziert nämlich – wie das Vereinigte Königreich, das Parlament und der Rat im Rahmen des Verfahrens vor dem Gerichtshof hervorgehoben haben – zwangsläufig Entscheidungen politischer Natur. Die Union muss daher in der Lage sein, ihre politischen Entscheidungen zu treffen und nach Maßgabe der von ihr verfolgten Ziele eine Differenzierung zwischen Drittländern vorzunehmen, ohne gehalten zu sein, alle diese Länder gleich zu behandeln. Die Ausübung der außenpolitischen Prerogative durch die Organe und Einrichtungen der Union kann somit zur Folge haben, dass ein Drittland anders als andere Drittländer behandelt wird.

Hierzu ist hervorzuheben, dass das Unionsrecht keine ausdrückliche Verpflichtung der Union vorsieht, alle Drittländer gleich zu behandeln. Das Völkerrecht enthält, wie der Generalanwalt [...] ausgeführt hat, keinen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung von Drittländern. Da eine Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Drittländern die Handlungsmöglichkeiten der Union auf internationaler Ebene einseitig beschränken würde, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Union ein solches Erfordernis anerkennen konnte, ohne die Gleichbehandlung von Drittländern ausdrücklich in den Verträgen zu verankern.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs gibt es daher im AEU-Vertrag keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem die Union in ihren Außenbeziehungen Drittländer unter allen Aspekten gleich behandeln müsste, und die Wirtschaftsteilnehmer können sich jedenfalls nicht mit Erfolg auf das Bestehen eines solchen Grundsatzes berufen [...].»

215 Der EuGH ergänzte, dass aus diesem Grund auch der innerhalb der EU geltende allgemeine Gleichheitsgrundsatz nicht anwendbar ist, soweit es um die Ausgestaltung der Aussenbeziehungen der Union geht (*Swiss International Air Lines*, Rz. 27 ff.).⁹⁵ Diese Haltung geht ursprünglich zurück auf die Entscheidung *Balkan-Import* aus den 1970er Jahren⁹⁶ (welche zum Namen «Balkan-Prinzip» geführt hat). Sie wird in der neuesten Rechtsprechung bestätigt.⁹⁷

216 Völkerrechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze bestehen **aber z.T. in konkreten Rechtsinstrumenten des Völkerrechts** – gemeint ist hier das überregionale Recht, über europäische Abkommen hinaus. Im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsrecht sind dabei in erster Linie die Grundsätze des *National Treatment* und des *Most Favoured*

⁹⁴ Rs. C-272/15 *Swiss International Air Lines AG gegen The Secretary of State for Energy and Climate Change, Environment Agency*, ECLI:EU:C:2016:993.

⁹⁵ Kritisch hierzu Sebastian Meyer, 'Is Switzerland Not Just Any Third Country? EU Unilateralism in the Face of the Linkage Agreement on Emissions Trading', *Swiss Review of International and European Law* 28 (2018) 1, 3-24, S. 19 ff. Der Fall *Swiss International Air Lines* betraf die (damalige) Ungleichbehandlung von Flügen zwischen EWR-Staaten und der Schweiz auf der einen Seite und Flügen zwischen EWR-Staaten und fast allen Nicht-EWR-Staaten auf der anderen Seite mit Bezug auf ein Moratorium zur Aussetzung der Anwendung des EU-Emissionshandelssystems: Das Moratorium galt nicht für die erste, sehr wohl aber für die zweite Kategorie von Flügen. Der EuGH entschied, dass in dieser Ungleichbehandlung auch keine Verletzung von EU-Recht lag.

⁹⁶ Rs. 55/75 *Balkan-Import Export GmbH gegen Hauptzollamt Berlin-Packhof*, ECLI:EU:C:1976:8.

⁹⁷ Gutachten 1/17 (*CETA*), ECLI:EU:C:2019:341, Rz. 173, hier mit Bezug auf den Rechtsgleichheitsgrundsatz nach Art. 20 der Grundrechtecharta der Europäischen Union.

Nation Treatment im Recht der Welthandelsorganisation (*World Trade Organization*, WTO) zu nennen.

- 217 Im Zusammenhang mit der Entsendung im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung müsste geprüft werden, ob das zum WTO-Recht gehörende **General Agreement on Trade in Services (GATS)** anwendbar ist, genauer dessen Vorschriften zum sog. Modus 4 über personenbezogene Dienstleistungen. Art. I(2)(d) GATS nennt spezifisch «the supply of a service [...] (d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member». Laut der Literatur verbieten die Vorschriften des GATS «discrimination *de jure* and *de facto*». ⁹⁸ Auch hier könnte aber wohl argumentiert werden, dass Unterschiede in der Situation einer differenzierten Behandlung nicht entgegenstehen.
- 218 Diese Thematik liegt indessen ausserhalb der Reichweite der vorliegenden Studie (und v.a. auch der Kompetenz ihrer Verfasserin) und kann deshalb hier nicht vertieft werden.
- 219 Als **Befund** ergibt sich, dass es jedenfalls das *allgemeine* Völkerrecht nicht verbietet, unterschiedliche Staaten unterschiedlich zu behandeln.

F. Beantwortung der Fragen und rechtliche Handlungsoptionen

I. Beantwortung der Fragen

- 220 Im Rahmen der **ersten Frage** war zu klären, ob die flankierenden Massnahmen nach Schweizer Recht mit den im liechtensteinisch-schweizerischen Verhältnis relevanten Bestimmungen der EFTA-Konvention vereinbar sind.
- 221 Die Untersuchung hierzu ergab, dass zwar der hierfür relevante Rechtsrahmen grundsätzlich klar ist, dass aber die Anwendung von Rechtsbegriffen wie der indirekten Diskriminierung oder der Verhältnismässigkeit letztlich zu Fragen führt, welche auf der abstrakt-rechtlichen Ebene oft nicht abschliessend beantwortet werden können, sondern vielmehr im konkreten Sachkontext beurteilt werden müssen.
- 222 Am eindeutigsten ist der Befund mit Blick auf die 8-Tage-Regel, die in der vorliegenden Studie in ihrer heutigen Form als mit dem geltenden EFTA-Recht unvereinbar bezeichnet wird. Bei der Dienstleistungssperre ist dies möglicherweise der Fall, bei der Kautionspflicht aber im Verhältnis zwischen der Schweiz und Liechtenstein eher nicht.
- 223 Im Rahmen der **zweiten Frage** war zu untersuchen, ob bei der Anwendung des revidierten EU-Entsenderechts auf faktische, länderspezifische Besonderheiten Rücksicht genommen werden kann.
- 224 Diese Frage wird in der vorliegenden Studie mit Verweisung auf den Entwurf für ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU bejaht. Der Entwurf sieht für die Entsendung in die Schweiz gewisse Sonderlösungen vor, welche mit Besonderheiten des rechtlichen Kontexts bzw. des Schweizer Marktes begründet werden. Analog könnte auch für die Entsendung nach Liechtenstein mit gewissen Besonderheiten argumentiert werden, insbes. im Verhältnis zur Schweiz.
- 225 Bei der **dritten Frage** schliesslich ging es darum, ob das Fehlen eines allgemeinen, völkerrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zwischen den Staaten eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein ermöglicht bzw. ob eine solche Sonderlösung

⁹⁸ Statt vieler Alexander Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 8. Aufl., London/New York: Routledge 2019, S. 419.

durch das Diskriminierungsverbot im Abkommen der Schweiz mit der EU bzw. der EFTA-Konvention verunmöglicht wird.

- 226 Die Untersuchung hierzu ergab, dass es das allgemeine Völkerrecht nicht verbietet, unterschiedliche Staaten unterschiedlich zu behandeln, was insofern eine Sonderlösung im Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz rechtlich möglich macht. Nicht in dieser Studie untersucht wurden dagegen Gleichbehandlungsgebote in spezifischen, völkerrechtlichen Instrumenten wie dem GATS.
- 227 Zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU sowie zur EFTA-Konvention lautet der Befund, dass durch die darin enthaltenen Diskriminierungsverbote eine Sonderlösung im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein nicht verunmöglicht wird.

II. Rechtliche Handlungsoptionen

- 228 Damit stellt sich als letztes die Frage, **wie eine Sonderlösung praktisch bzw. rechtstechnisch getroffen** werden könnte. Dazu bieten sich grundsätzlich zwei Ebenen an, nämlich einerseits jene der multilateralen EFTA-Konvention und andererseits jene des bilateralen Rahmenvertrags zwischen Liechtenstein und der Schweiz. Letzteres dürfte praktikabler sein.

1. Sonderlösung auf der Ebene der EFTA-Konvention

- 229 Zur EFTA-Konvention sei vorab bemerkt, dass es im Folgenden nur um das Verhältnis zwischen der Schweiz und den drei anderen EFTA-Staaten geht. Wie bereits erwähnt (siehe oben B.II.1.), gilt für das Verhältnis zwischen diesen letzteren Staaten untereinander für die Personen- und die Dienstleistungsfreiheit in der Praxis das EWR-Recht und ist die diesbezüglich weniger weit gehende EFTA-Konvention nicht relevant.
- 230 Sollte Liechtenstein das Anliegen einer Sonderlösung auf der Ebene der EFTA-Konvention einbringen wollen, so könnte dies z.B. in einem allfälligen, künftigen Verfahren zur Übernahme der Richtlinien 2014/67 und 2018/957 in das EFTA-Recht geschehen. Hier könnte Liechtenstein auf die erwähnten **Besonderheiten im Verhältnis zwischen der Schweiz und den übrigen EFTA-Staaten bzw. zu Liechtenstein** hinweisen und argumentieren, ihnen sollte durch eine besondere Regelung Rechnung getragen werden.
- 231 Dies könnte zur Forderung führen, entweder für das EFTA-Abkommen insgesamt oder aber im Rahmen dieses Abkommens nur für das spezielle Verhältnis Schweiz-Liechtenstein **die strengeren EU-Regeln zur Entsendung zu übernehmen**, unter bewusster Ausklammerung der Sonderregeln nach dem Vorbild des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU, weil diese hier deutlich weniger nötig bzw. nicht verhältnismässig sind. Dies würde z.B. mit Blick auf die 8-Tage-Regel bedeuten, dass zwar eine Meldepflicht weiterhin zulässig wäre, dass aber die Voranmeldung mit der 8-tägigen Wartefrist abgeschafft würde.
- 232 Für diese Lösung müsste auf der europäischen Ebene der EFTA entsprechende Überzeugungsarbeit geleistet werden. Einfacher dürfte es sein, die Thematik im bilateralen Verhältnis auf der Ebene des Rahmenvertrages anzugehen. Baur/Frommelt⁹⁹ bemerken denn auch, dass es Liechtenstein bisher vorgezogen hat, Probleme auf der bilateralen Ebene anzusprechen.

⁹⁹ Baur/Frommelt (Fn. 2), S. 92.

2. Sonderlösung auf der Ebene des Rahmenvertrags

- 233 Schon jetzt zeigt Art. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags, dass Sonderlösungen zum Entsenderecht zwischen der Liechtenstein und der Schweiz **politisch möglich** sind und von den Parteien **als mit dem geltenden EFTA-Recht vereinbar erachtet** werden.
- 234 Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Argumentation zur europarechtlichen Zulässigkeit von differenzierten Lösungen könnten die Parteien legitimerweise davon ausgehen, dass **auch eine weiter gehende Sonderlösung vorgesehen werden könnte**, selbst wenn das EFTA-Entsenderecht in der Zukunft die Sonderlösung des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU übernehmen sollte.
- 235 Konkret könnte der Rahmenvertrag unter Hinweis auf die erwähnten Besonderheiten (in der Präambel zum Vertrag) die vollständige Abschaffung einer Voranmeldefrist bzw. eines mehrtätigen Arbeitsverbots vorsehen. **Art. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags könnte** – in teilweiser Anlehnung an Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der EU-Richtlinie 2014/67 – **neu formuliert werden** und würde sich wie folgt in das Gesamtbild von Art. 9 des Rahmenvertrages einfügen:
- «1) Die Vertragsparteien gewähren sich das Recht zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung nach Anhang K – Anlage 1 konsolidierte Fassung des EFTA-Übereinkommens.
- 2) Die Dienstleistungserbringung bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen ist für alle Branchen melde- und bewilligungsfrei. Die Dienstleistungserbringung ab 9 Tagen erfordert die Abgabe einer einfachen Erklärung gegenüber den zuständigen nationalen Behörden spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung. Die Erklärung enthält die einschlägigen Informationen enthält, die eine Kontrolle der Sachlage am Arbeitsplatz erlauben. Das nationale Recht der Parteien regelt die Einzelheiten.**
- 3) Liechtensteinische Dienstleistungserbringer sind in der Schweiz generell von den Höchstzahlen befreit.»
- 236 Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte dies eine pragmatische und rechtlich vertretbare Lösung darstellen.

Literaturverzeichnis

Arnesen, Finn/Haukeland Fredriksen Halvard/Graver, Hans Petter/ Mestad, Ola/Vedder, Christoph (Hrsg.) (2018), Agreement on the European Economic Area: EEA Agreement. A commentary, München: C.H. Beck

Baudenbacher, Carl (Hrsg.) (2015), The Handbook of EEA Law, Cham: Springer

Baur, Georges (2017), 'EFTA: Eine Freihandelsassoziation mit Binnenmarktelementen', in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Stämpfli: Bern // Schulthess: Zürich, 357-370

Baur Georges/Frommelt, Christian (2019), Grenzüberschreitende Dienstleistungen Schweiz – Liechtenstein, BERN: Liechtenstein-Institut

Baur, Georges/Sánchez Rydelski, Michael/Zatschler, Carsten (2018), European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area (EEA), 2. Aufl., Wolters Kluwer: Alphen aan den Rijn

Baur, Georges/Tobler, Christa (2016), "Automatische" vs. "dynamische" Rechtsübernahme. What's in a name?, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Bern: Stämpfli // Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 347-361

Boillet, Véronique (2010), L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel: Helbing Lichtenhahn

Breitenmoser, Stephan/Weyeneth, Robert (2017), Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen: Dike // Wien: Manz

Delli, Chantal (2009), Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende. Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel: Helbing Lichtenhahn

Einarsson, Ólafur Jóhannes (2018), 'Art. 36 EWR', in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area: EEA Agreement. A commentary, C.H. Beck: München, 450-470

Epiney, Astrid (2018), Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, Jusletter 17. Dezember 2018

Epiney, Astrid/Hehemann, Lena (2019) 'Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung', Jusletter 8. April 2019

Epiney, Astrid/Zbinden, Patrizia (2009), Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Cahiers fribourgeois de droit européen no 8 / Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg i.Üe.: Europainstitut der Universität Freiburg

Fluor, Valentin (2018), Die Entsendung des Arbeitnehmers in die Schweiz und nach China, Zürich: Hochschulschrift

Jaag, Tobias/Hänni, Julia (2015), Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl., Zürich: Schulthess Verlag

Kaddous, Christine/Grisel Diane (2012), Libre Circulation des personnes et des services, Basel: Helbing Lichtenhahn

Kaddous, Christine/Tobler, Christa (2013), Chronik 'Droit européen: Suisse – Union européenne // Europarecht: Schweiz – Europäische Union', Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 23, 646-670

Meyer, Sebastian (2018), 'Is Switzerland Not Just Any Third Country? EU Unilateralism in the Face of the Linkage Agreement on Emissions Trading', *Swiss Review of International and European Law* 28(1), 3-24

Oesch, Matthias (2015), *Europarecht. Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, Bern: Stämpfli

Orakhelashvili Alexander (2019), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 8. Aufl., London/New York: Routledge

Pärli, Kurt (2018), *Entsendegesetz (EntsG)*, Bern: Stämpfli

Pirker, Benedikt (2019), 'Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen', *Jusletter* 3. Juni 2019

Speitler, Philipp (2018), 'Right of Establishment and Freedom to Provide and Receive Services', in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Cham: Springer 2015

Teczan/Idriz, Narin (2009), 'Free movement of persons between Turkey and the EU: To move or not to move? The Response of the Judiciary', *Common Market Law Review* 46, 1621-1665

Tezcan, Narin (2015), *Legal Constraints on EU Member States as Primary Law Makers: A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, Leiden: E.M. Meijers Instituut

Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang/Kellerhals, Andreas (Hrsg.) (2007), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 65-102

Tobler, Christa (2005), *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005

Tobler, Christa (2005), *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law. Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination (für die Europäische Kommission)*, Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities

Tobler, Christa (2009), *Internetapotheken im europäischen Recht. Positive und negative Integration am Beispiel des grenzüberschreitenden Verkaufs von Arzneimitteln in der EU und in der Schweiz*, Basler Schriften zur europäischen Integration No 87, Basel: EuropaInstitut der Universität Basel

Tobler, Christa (2013), *Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Band 1: Text (Tafeln zusammen mit Jacques Beglinger)*, Zürich/St. Gallen: Dike 2013

Tobler, Christa (2015), 'Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU', *Jusletter* 16. Februar 2015

Tobler, Christa (2019), 'Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-Related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle', *European Papers* 8. Februar 2019

Tobler, Christa/Beglinger, Jacques Tobler (2019), *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU*, Ausgabe 2019-08.1 vom 18. August 2019, www.brevier.eur-charts.eu

Vahl, Marius/Berg, Aslak (2019), 'EFTA', In: Robert E. Looney (Hrsg.), *Handbook of International Trade Agreements: Country, regional and global approaches*, London: Routledge, 271-281

Villiger, Mark Eugen (2009), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Brill/Nijhoff

Zurkinden, Philipp/Lauterburg (2019), Bernhard C., *Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen*, Bern, 24. Februar 2019